

٤ر٢١٧ الهداية، شرح الهداية، كلاهما للمرغيناني، علي
م ٠ هـ ابن أبي بكر - ٥٩٣هـ. كتب في القرن الثاني
عشر الهجري تقديرا.

١٤١٥ ٤٢٤ق ١٧س ٢٧× ١٧ سم
نسخة جيدة، خطها نسخ، طبع
الازهرية ٢: ٢٩٣ - قوله ١ : ٤٠٦

١ - المذهب الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية
أ - المؤلف ب تاريخ النسخ ج - شرح
البداية

هذا

ذكر صح

في بيان آداب صاحب الهداية التي فيه منها انه اذا قال هذا الحديث يحمل على المعنى الفلاني يريد قد حمل على هذا المعنى اهل الحديث واذا قال نحمله يريد انه يحمله على هذا ولم يحمل اهل الحديث عليه ومنها انه يورد ما روينا في الثابت بالسنة وللاثر ما ثبت بقول الصحابي رضوان الله تعالى عليهم اجمعين وقد لا يفرق بين الخبر والاثر ومنها انه لا يذكر الفاء في جواب اما اعتمادا لظهور المعنى ومنها انه يسقط الواو في ان الوصلية ومنها انه يعبر بالفقه عن الدليل العقلي ومنها انه يرضى لجواب الآخر كاينا ما كان ومنها انه اذا قال رحمه الله يريد نفسه ولم يذكر بصيغة المتكلم احترازا عن الانانية ومنها انه يذكر مسائل القدوري بعباره ولا يذكر مسائل الجامع الصغير ومنها انه اذا كان نوع مخالفة بين عبارة القدوري بعباره وعبارة الجامع الصغير يصرح بلفظ الجامع الصغير ومنها انه يجيب السؤال المقدر ولا يصرح السؤال بقوله فان قيل كذا قلت كذا

وللثابت في الثابت بقول الصحابة عن ... كاتبه

الحمد لله ... وعلى آله وصحبه

بسم الله الرحمن الرحيم وبه العون

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول احدهما بعت والآخر اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء يعرف بالشرع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد بلفظين احدهما لفظ المستقبل بخلاف النكاح وقد مر الفرق هناك وقوله رضيت واعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود ولهذا ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق التراضي

قال واذا اوجب احد المتعاقدين البيع فالآخر بالخيار ان شاء قبل في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لو لم يثبت له الخيار يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر فللموجب ان يرجع لخلوه عن ابطال حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر والكتاب كالخطاب وكذا الارسال حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبل في بعض المبيع ولا ان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى وايهما قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم رؤية وقال الشافعي يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او يحتمله فيحمل عليه والتفرق فيه تفرق الاقوال

قال والاعواض المشار اليها لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا يطالبه به في قريب المدة وهذا يسلمه في بعيدها ومن اطلق الثمن

في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف وفيه التحري للجواز فينصرف
اليه فان كانت النقود مختلفة فالبيع فاسد الا ان يبين احدها
وهذا اذا كان الكل في الرواج على التساوي لان الجهالة مفضية
الى المنازعة الا ان ترتفع الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب
واروج فحينئذ يصرف اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة
في المالية فان كانت سواء فيها كالثنائي والثلاثي والنصرتي
اليوم بسمرقند والاختلاف بين العدالي بفرغانة جاز البيع
اذا اطلق اسم الدراهم كذا قالوا وينصرف الى ما قدر به من اي نوع
كان لانه لا منازعة ولا اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام
والحبوب مكايلة ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم بخلاف ما اذا باعه بجنسه
مجازفة لما فيه من احتمال الربوا ولان الجهالة غير مانعة من التسليم
فشابه جهالة القيمة ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن
حجر بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة لا تفضي الى المنازعة لما انه يتعجل
فيه التسليم فيندر هلاكه قبله بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر
والهلاك ليس بنادر قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه لا يجوز
في البيع ايضا والاول اصح واظهر قال ومن باع صبرة طعام

كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح الا ان يسمي
جملة قفزانها وقالا يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل
لجهالة المبيع والثمن فيصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول
الجهالة بتسمية جميع القفزان او بالكيل في المجلس ولهما
ان الجهالة بيدهما ازالتها ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا
من عبدين على ان المشتري بالخيار ثم اذا جاز في قفيز واحد عند ابي حنيفة رح
فللمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا اذا كيل في المجلس او سمى جملة
قفزانها لانه علم ذلك الان فله الخيار كما اذا رآه ولم يكن رآه وقت
البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم فسد البيع في جميعها عند
ابي حنيفة رح وكذا من باع ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة
الذرعان وكذا كل معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا
وعنده ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع
وذراع من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم
التفاوت فلا تفضي الجهالة الى المنازعة وتفضي اليها في الاول فوضح الفرق
ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة درهم فوجدها اقل كان المشتري
بالخيار ان شاء اخذ الموجود بحصته من الثمن وان شاء فسخ البيع لتفرق
الصفقة عليه فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة



للبائع لان البيع وقع على مقدار معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انها مائة ذراع بمائة فوجدها
اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان شاء ترك لان الذرع
وصف في الثوب الا يرى انه عبارة عن الطول والعرض والوصف لا يقابله
شيء من الثمن كاطراف الحيوان فلهذا ياخذه بكل الثمن بخلاف الفصل
الاول لان المقدار يقابله الثمن فلهذا ياخذه بحصته الا انه يتخير لفوات
الوصف المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر
من الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فصار
بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على انها مائة
ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري بالخيار ان شاء
اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الوصف وان كان
تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن فينزل كل ذراع بمنزلة ثوب
وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها
زائدة فهو بالخيار ان شاء اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع
لانه لو حصل له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا
يشوبه ضرر فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا
ولو اخذه بالاقل لم يكن آخذا بالمشروط قال ومن اشترى عشرة اذرع

من مائة ذراع من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رضه وقالا هو
جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا لهما
ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة اسهم وله ان
الذراع اسم لما يذرع به واستعير لما يحله الذراع وهو المعين دون المشاع
وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا فرق عند ابي حنيفة رضه بين ما اذا علم
جملة الذرعان او لم يعلم هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء
الجهالة ولو اشترى عدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر
فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل
النقصان بقدره وله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
وقيل عند ابي حنيفة رضه لا يجوز في فصل النقصان ايضا وليس بصحيح بخلاف
ما اذا اشترى ثوبين على انهما هرويان فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز
فيهما وان بين ثمن كل واحد لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز
العقد في الهروي وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا
ولو اشترى ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة
ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رضه في الوجه الاول ياخذ بعشرة
من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذ بتسعة ان شاء وقال ابو يوسف رحمه الله
في الاول ياخذ باحد عشر ان شاء وفي الثاني بعشرة ان شاء وقال محمد رحمه الله

في الاول باخذ بعشرة ونصف ان شاء وفي الثاني بتسعة ونصف

ويتخير لان من ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه

فيجري عليه حكمها قاله الخباز ولابي يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع

ببدل نزل كل ذراع بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة

ان الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد

بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس الذي لا

يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط لانه بمنزلة

الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز بيع ذراع منه

فصل ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه

لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف ولانه متصل به اتصال

قرار فيكون تبعا له ومن باع ارضا دخل ما فيها من الشجر والنخل وان لم

يسمه لانه متصل به للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض

الا بالتسمية لانه متصل به للفصل فشابه المتاع الذي فيه ومن باع

نخلا او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه

من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع و

لان الاتصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع

ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان ملك

المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان

فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع

لان الواجب انما هو التسليم المعتاد وفي العادة ان لا يقطع وصار

كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم

واجب ايضا حتى يترك باجر وتسليم العوض كتسليم المعوض ولا

فرق بينما اذا كان الثمر بحال له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين

للبائع لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين فلا يدخل في بيع

الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها صاحبها

ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت ولم يظهر له

قيمة فقد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل فكان هذا بناء على الاختلاف في

جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل الزرع

والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منهما ولو قال بكل قليل

وكثير هو له فيها او منها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا لما

قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا واما الثمر المجذوذ

والزرع المحصود بمنزلة المتاع ولا يدخل الا بالتصريح به قال ومن

باع ثمرة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه مال متقوم اما

لكونه منتفعا به في الحال او في الثاني وقيل لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها

والاول اصح وعلى المشترى قطعها فى الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها
مطلقا او بشرط القطع وان شرط تركها على النخل فسد البيع لانه شرط لا
يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة فى صفقة وهو اعارة
او اجارة فى بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا اذا تناهى عظمها
عند ابى حنيفة وابى يوسف لما قلنا واستحسنه محمد للعادة بخلاف ما اذا لم
يتناه عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذى يزيد بمعنى من الارض
والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها
بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما
تناهى لم يتصدق بشىء لان هذا تغير حالة لا تحقق زيادة وان اشتراها
مطلقا وتركها على النخيل وقد استاجر النخل الى وقت الادراك طاب له الفضل
لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بخلاف
ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه حيث لا يطيب له
الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا
فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لانه لا يمكنه تسليم المبيع لتعذر
التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى
فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص ان يشترى
الاصول لتحصل الزيادة على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثنى

منها

٦

منها ارطالا معلومة خلافا لمالك لان الباقى بعد الاستثناء مجهول بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقى معلوم بالمشاهدة وقالوا هذا رواية
الحسن عن ابى حنيفة وهو قول الطحاوى اما على ظاهر الرواية ينبغى ان يجوز
لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من
العقد وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه بخلاف استثناء الحمل
واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه وكذا استثناؤه ويجوز بيع الحنطة فى
سنبلها والباقلى فى قشره وكذا الارز والسمسم وقال الشافعى لا يجوز بيع الباقلاء فى
القشر الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق فى قشره الاول وله فى بيع
السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان المعقود عليه مستور
بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة اذا بيع بجنسه ولنا ما
روى ان النبى صلعم نهى عن بيع النخل حتى تزهى وعن بيع السنبل حتى
يبيض ويامن العاهة ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه كالحنطة
فى سنبله كالشعير والجامع كونه مالا متقوما بخلاف تراب الصاغة
لانه انما لا يجوز بيعه بجنسه لاحتمال الربوا حتى لو باعه بخلاف
جنسه يجوز وفى مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا لشبهة الربوا
لانه لا يدرى قدر ما فى السنابل ومن باع دارا دخل فى البيع مفاتيح
اغلاقها لانه يدخل فيه الاغلاق لانها مركبة فيها للبقاء والمفتاح

بعض في بيع المغلق من غير تسمية لانه بمنزلة بعض منه اذ لا ينتفع به بدونه

قال واجرة الكيال وناقد الثمن على البائع اما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا اذا باع مكايلة وكذا على هذا اجرة الوزان والذراع والعدد واما النقد فالمذكور رواية ابن رستم عن محمد لان النقد يكون بعد التسليم الا يرى انه يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج اليه ليميز ما تعلق به حقه من غيره او ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن سماعة عنه على المشتري لانه يحتاج الى تسليم الجيد المقدر و الجودة تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن فيكون عليه قال واجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا انه هو المحتاج الى تسليم الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل للمشتري ادفع الثمن اولا لان حق المشتري تعين في المبيع فيتقدم دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لما انه لا يتعين بالتعيين تحقيقا للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة او ثمنا بثمن قيل لهما سلما معا لاستوائهما في التعين وعدمه فلا حاجة الى تقديم احدهما في الدفع ٥

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز في البيع للبائع او المشتري ولهما الخيار ثلاثة ايام فما دونها والاصل فيه ما روي ان حبان بن منقذ بن عمرو الانصاري رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له

النبي عليه السلام اذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام ولا يجوز اكثر منها عند ابي حنيفة رض وهو قول زفر والشافعي وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار انما شرع للحاجة الى التأمل والتروي ليندفع به الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فصار كالتاجيل في الثمن ولابي حنيفة رض ان شرط الخيار يخالف مقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس لما روينا من النص فيقتصر على المدة المذكورة فيه وانتفت الزيادة الا انه اذا اجاز في الثلاث جاز عند ابي حنيفة رض خلافا لزفر رحمه الله هو يقول انه انعقد فاسدا فلا ينقلب جائزا وله انه اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جائزا كما اذا باعه بالرقم واعلمه في المجلس ولان الفساد باعتبار اليوم الرابع فاذا اجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد ولهذا قيل ان العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه الاول ولو اشترى على انه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز والى اربعة ايام لا يجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف رض وقال محمد رحمه الله يجوز الى اربعة ايام او اكثر فان نقد في الثلاث جاز في قولهم جميعا والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط الخيار اذ الحاجة مست الى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به

وقد مر ابو حنيفة رحمه الله على اصله في الملحق به وفي الزيادة على الثلاث وكذا محمد في
تجويز الزيادة وابو يوسف رحمه الله اخذ في الاصل بالاثر وفي هذا بالقياس
وفي هذه المسألة قياس آخر واليه مال زفر رحمه الله وهو انه بيع شرط فيه
اقالة فاسدة لتعلقها بالشرط واشتراط الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط
الفاسد اولى ووجه الاستحسان ما بينا قال وخيار البائع يمنع خروج
المبيع عن ملكه لان تمام هذا السبب بالمراضاة ولا يتم مع الخيار ولهذا
ينفذ عتقه ولا يملك المشتري التصرف فيه وان قبضه باذن البائع فلو قبضه
المشتري وهلك في يده في مدة الخيار ضمنه بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك
لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء
وفيه القيمة ولو هلك في يد البائع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا
بالصحيح المطلق قال وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع
لان البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج البدل
عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال الا ان المشتري
لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج عن ملك البائع فلو لم يدخل
في ملك المشتري يكون زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به في الشرع ولابي حنيفة
انه لما لم يخرج الثمن عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع
البدلان في ملك رجل واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع لان المعاوضة

تقتضي المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على المصلحة
فيه ولو ثبت الملك ربما يعتق عليه من غير اختياره بان كان قريبه فيفوت
النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله عيب بخلاف ما اذا
كان الخيار للبائع ووجه الفرق انه اذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك
لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن
بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب لا يمتنع الرد حكما لخيار البائع فيهلك
والعقد موقوف قال ومن اشترى امرأته على انه بالخيار ثلاثة ايام
لم يفسد النكاح لانه لم يملكها لما له من الخيار وان وطئها له ان يردها
لان الوطء بحكم النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه
وطئها بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا ولهذه المسألة اخوات
كلها تبتني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها عتق المشتري
على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها عتقه اذا كان المشتري
حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريت لانه يصير
كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار ومنها ان حيض المشتراة
في المدة لا يجتزئ به من الاستبراء عنده خلافا لهما ولو ردت بحكم
الخيار الى البائع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما يجب اذا ردت

بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا ينفسخ وله الرد
عنده خلافا لهما ومنها اذا قبض المشتري المبيع باذن البائع ثم اودعه
عند البائع فهلك في يده في المدة هلك من مال البائع لارتفاع القبض بالرد
لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع باعتبار قيام الملك
ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا له فابراه البائع عن الثمن في المدة
بقي على خياره عنده لان الرد امتناع عن التملك والماذون له يليه وعندهما
بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله
ومنها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم بطل الخيار
عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها
فلا يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار
فله ان يفسخ في مدة الخيار وله ان يجيزه فان اجازه بغير حضرة صاحبه جاز
وان فسخ لم يجز الا ان يكون الاخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو يوسف
يجوز وهو قول الشافعي والشرط هو العلم وانما كنى بالحضرة عنه له انه
مسلط على الفسخ من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة ولهذا
لا يشترط رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير وهو
العقد بالرفع ولا يعرى عن الضرر لانه عساه ان يعتمد تمام البيع السابق
فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما اذا كان الخيار للبائع او لا يطلب

لسلعته مشتريا فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف
على علمه وصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا نقول
انه مسلط وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسلط
في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة صاحبه وبلغه الخبر
في المدة تم الفسخ لحصول العلم به ولو بلغه بعد مضي المدة تم العقد بمضي
المدة قبل الفسخ قال واذا مات من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل
الى ورثته وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع
فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا
مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال بخلاف
خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث اما نفس
الخيار فلا يورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط
ملكه بملك الغير لا ان يورث الخيار قال ومن اشترى شيئا وشرط
الخيار لغيره فايهما اجاز جاز وايهما نقض انتقض واصل هذا ان
اشتراط الخيار لغيره جائز استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر
لان الخيار من مواجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط
الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق النيابة
عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه تصحيحا لتصرفه

وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز جاز وأيهما نقض
انتقض ولو أجاز أحدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق لوجوده في زمان
لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا يعتبر تصرف العاقد في رواية
وتصرف الفسخ في أخرى وجه الأول أن تصرف العاقد أقوى لأن النائب
يستفيد الولاية منه وجه الثاني أن الفسخ أقوى لأن المجاز يلحقه الفسخ
والمفسوخ لا يلحقه الإجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا
بحال التصرف وقيل الأول قول محمد والثاني قول أبي يوسف واستخرج ذلك
مما إذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رحمه الله يعتبر تصرف
الموكل وأبو يوسف يعتبرهما قال ومن باع عبدين بألف درهم على أنه بالخيار
في أحدهما ثلاثة أيام فالبيع فاسد فإن باع كل واحد منهما بخمسمائة على أنه
بالخيار في أحدهما بعينه جاز البيع والمسألة على أربعة أوجه أحدها أن لا
يفصل الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار وهو الوجه الأول في الكتاب وفساده
لجهالة الثمن والمبيع لأن الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد إذ العقد
مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه أحدهما وهو غير معلوم والوجه
الثاني أن يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا
في الكتاب وإنما جاز لأن المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وإن كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد للعقد

لكونه محلا للبيع كما إذا جمع بين قن ومدبر والثالث أن يفصل ولا يعين
والرابع أن يعين ولا يفصل والعقد فاسد في الوجهين إما لجهالة المبيع أو
لجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على أن يأخذ أيهما شاء بعشرة وهو بالخيار
ثلاثة أيام فهو جائز وكذلك الثلاثة فإن كانت أربعة أثواب فالبيع فاسد
والقياس أن يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق
والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به
أو اختيار من يشتريه لأجله ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع
فكان في معنى ما ورد به الشرع غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لوجود
الجيد والوسط والرديء فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة في الثلاث لتعيين
من له الخيار وكذا في الأربع إلا أن الحاجة إليها غير متحققة والرخصة
ثبوتها بالحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى المنازعة فلا تثبت بأحدهما
ثم قيل يشترط أن يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو
المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور في الجامع الكبير فيكون
ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا وإذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من
توقيت خيار التعيين بالثلاث عنده وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما
ثم ذكر في بعض النسخ اشترى ثوبين وفي بعضها اشترى أحد الثوبين وهو الصحيح

لان البيع في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول يجوز واستعارة ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين الآخر للامانة لامتناع الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو مات من له الخيار فلوارثه ان يرد احدهما لان الباقي خيار التعيين للاختلاط ولهذا لا يتوقت في حق الوارث فاما خيار الشرط لا يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج اليه لمذهب ابي حنيفة خاصة

قال واذا اشترى الرجلان عبدا على انهما بالخيار فرضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية لهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه وله ان المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ومن باع عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان شاء

11

اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض فلا يفسد بعدمه العقد بمنزلة وصف الذكورة والانوثة في الحيوانات وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما عرف

باب خيار الرؤية

قال ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده وقال الشافعي لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول ولنا قوله عم من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت قبله وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا بمقتضى الحديث ولان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف قوله رددت ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة رح يقول اولا له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال

ووجه المرجوع البه انه معلق بالشرط لما روينا فلا يثبت بدونه وروى

ان عثمان بن عفان رضه باع ارضا له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل

لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت ما لم اره وقيل لعثمان رضه

انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره فحكما بينهما جبير بن مطعم

فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ثم خيار الرؤية

غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله وما يبطل خيار الشرط من تعيب

او تصرف يبطل خيار الرؤية ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق

والتدبير او تصرفا يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة

يبطله قبل الرؤية وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان

تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير

تسليم لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية

لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر الثوب

مطويا او الى وجه الدابة وكفلها فلا خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع

المبيع غير مشروطة لتعذرها فيكتفي برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو

دخل في البيع اشياء فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون

وعلامته ان يعرض بالنموذج يكتفي برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي

اردى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار وان كان يتفاوت آحاده كالثياب

والدوا

والدواب لا بد من رؤية كل واحد منها والجوز والبيض من هذا القبيل

فيما ذكره الكرخي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة

اذا ثبت هذا نقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف وصف

البقية لانه مكيل يعرض بالنموذج وكذا النظر الى ظاهر الثوب

مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كموضع العلم

والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في الدواب فيعتبر رؤية

المقصود ولا يعتبر رؤية غيره وشرط بعضهم رؤية القوائم والاول

هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة اللحم لا بد من الجس لان

المقصود وهو اللحم يعرف به وفي شاة القنية لا بد من رؤية الضرع

وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك هو المعرف للمقصود

قال وان رأى صحن الدار فلا خيار له وان لم يشاهد بيوتها

وكذلك اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان جواب الكتاب

على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة يومئذ

واما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت فالنظر

الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل كنظر المشتري

حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره وهذا عند ابي حنيفة رض

وقالا هما سوآ وله ان يرده قال رضى الله عنه معناه الوكيل بالقبض
فاما الوكيل بالشرآ فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع لهما انه توكل
بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب
والشرط والاسقاط قصدا وله ان القبض نوعان تام وهو ان يقبضه وهو
يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا لان تمامه بتمام الصفقة
ولا تتم مع بقآء خيار الرؤية والموكل ملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق
التوكيل واذا قبضه مستورا انتهى التوكيل بالناقص منه فلا يملك اسقاطه
قصدا بعد ذلك بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم
القبض مع بقائه وخيار الشرط على الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام
منه فانه لا يسقط بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده
فكذا لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه تبليغ الرسالة
ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في البيع او في الشرآ قال
وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد
قررناه من قبل ثم يسقط خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس
وبشمه اذا كان يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في
البصير ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف يقام مقام
الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف انه اذا وقف في مكان لو كان

بصيرا لرآه فقال قد رضيت يسقط خياره لان التشبه يقام مقام
الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة
واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال الحسن يوكل
وكيلا بقبضه وهو يراه وهذا اشبه بقول ابي حنيفة لان رؤية الوكيل رؤية
الموكل على ما مر آنفا ومن راى احد الثوبين فاشتراهما ثم راى الآخر جاز له
ان يردهما لان رؤية احدهما لا يكون رؤية الآخر للتفاوت في الثياب فبقي
الخيار فيما لم يره ثم لا يرده وحده بل يردهما كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل
التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا
يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء فيكون فسخا من الاصل ومن مات وله
خيار الرؤية بطل خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار
الشرط ومن راى شيئا ثم اشتراه بعد مدة فان كان على الصفة التي رآه فلا
خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة وبفواته يثبت له
الخيار الا اذا كان لا يعلمه مرئيه لعدم الرضا به وان وجده متغيرا
فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلمة باوصافه فكانه لم يره وان اختلفا
في التغير فالقول للبائع لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر
الا اذا بعدت المدة على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا
اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له قال

ومن اشترى عدل زطي ولم يره فباع منه ثوبا او وهبه وسلم لم يرد شيئا
منها الا من عيب وكذلك خيار الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه
وفي رده ما بقي تفريق الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان
تمامها بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة ولو عاد اليه بسبب هو فسخ
فهو على خيار الرؤية كذا ذكره شمس الائمة السرخسي وعن ابي يوسف انه لا يعود
بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري

باب خيار العيب

واذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار ان شاء اخذه بجميع الثمن وان
شاء رده لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة فعند فوته يتخير كيلا
يتضرر بلزوم ما لا يرضى به وليس له ان يمسكه ويأخذ النقصان لان الاوصاف
لا يقابلها شيء من الثمن في مجرد العقد ولانه لم يرض بزواله عن ملكه باقل من
المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون تضرره والمراد
عيب كان عند البائع ولم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لان ذلك رضا به
وكل ما اوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب لان التضرر بنقصان المالية
وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف اهله والاباق والبول
في الفراش والسرقة في الصغير عيب ما لم يبلغ فاذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى
يعاوده بعد البلوغ ومعناه اذا ظهرت عند البائع في صغره ثم حدثت عند المشتري

في صغره يرده لانه عين ذلك وان حدثت بعد بلوغه لم يرده لانه
غيره وهذا لان سبب هذه الاشياء يختلف بالصغر والكبر والبول في الفراش
في الصغر لضعف المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والاباق في الصغر لحب اللعب
والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن والمراد من الصغير من يعقل
فاما الذي لا يعقل فهو ضال لا آبق فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغر
عيب ابدا ومعناه اذا جن في الصغر في يد البائع ثم عاوده في يد المشتري فيه
او في الكبر يرده لانه عين الاول اذ السبب في الحالين متحد وهو فساد الباطن
وليس معناه انه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لان الله تعالى قادر على ازالته وان
كان قل ما يزول فلا بد من المعاودة للرد قال والبخر والدفر عيب في
الجارية لان المقصود قد يكون الاستفراش وهما يخلان به وليس بعيب في الغلام
لان المقصود هو الاستخدام فلا يخلان به الا ان يكون من داء لان الداء عيب قال
والزنا وولد الزنا عيب في الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود في الجارية
وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام وهو الاستخدام الا
ان يكون الزنا عادة له على ما قالوا لان اتباعهن يخل بالخدمة قال
والكفر عيب فيهما لان طبع المسلم ينفر عن صحبته ولانه يمتنع صرفه في بعض الكفارات
فتختل الرغبة فلو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زوال العيب
فلو كانت الجارية بالغة لا تحيض او هي مستحاضة فهو عيب لان ارتفاع الدم واستمراره

علامة الداء فيعتبر في الارتفاع اقصى غاية البلوغ وهو سبعة عشر سنة فيها عند ابي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع قبل القبض وبعده هو الصحيح قال واذا حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان عند البائع فله ان يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لان في الرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فتعين الرجوع بالنقصان الا ان يرضى البائع ان ياخذه بعيبه لانه رضي بالضرر قال ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لانه امتنع الرد بالقطع فانه عيب حادث فان قال البائع انا اقبله كذلك كان له ذلك لان الامتناع لحقه وقد رضي به فان باعه المشتري لم يرجع بشيء لان الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع حابسا للمبيع فلا يرجع بالنقصان فان قطع الثوب وخاطه او صبغه احمر او لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه لامتناع الرد بسبب الزيادة لانه لا وجه الى الفسخ في الاصل بدونها لانها لا تنفك عنه ولا وجه اليه معها لان الزيادة ليست بمبيعة فامتنع اصلا وليس للبائع ان ياخذه لان الامتناع لحق الشرع لا لحقه فان باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان لان الرد ممتنع اصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا للمبيع وعن هذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لان التمليك حصل في الاول قبل الخياطة وفي الثاني

بعدها بالتسليم اليه قال ومن اشترى عبدا فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه اما الموت فلان الملك ينتهي به والامتناع حكمي لا بفعله واما الاعتاق فالقياس فيه ان لا يرجع لان الامتناع بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لان العتق انهاء للملك لان الآدمي ما خلق في الاصل محلا للملك وانما يثبت الملك فيه موقتا الى الاعتاق فكان انهاء فصار كالموت وهذا لان الشيء يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير والاستيلاد بمنزلته لانه تعذر النقل مع بقاء المحل بالامر الحكمي قال وان اعتقه على مال لم يرجع بشيء لانه حبس بدله وحبس البدل كحبس المبدل وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض قال فان قتل المشتري العبد او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رحمه الله اما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يرجع لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف انفه فيكون انهاء ووجه الظاهر ان القتل لا يوجد الا مضمونا وانما يسقط الضمان ههنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به عوضا بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب الضمان لا محالة كاعتاق المعسر عبدا مشتركا واما الاكل فعلى الخلاف فعندهما يرجع وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف اذا لبس الثوب حتى تخرق لهما انه صنع في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فاشبه الاعتاق وله انه تعذر الرد بفعل مضمون منه في المبيع فاشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه

الا برئ البيع فما بعضه بالشراء ثم هو يمنع الرجوع وان اكل بعض الطعام
ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند ابي حنيفة لان الطعام كشيء واحد فصار
كبيع البعض وعنهما انه يرجع بنقصان العيب في الكل وعنهما انه يرد ما
بقي لانه لا يضره التبعيض ومن اشترى بيضا او بطيخا او قثاء او خيارا
او جوزا فكسره فوجده فاسدا فان لم ينتفع به رجع بالثمن كله لانه ليس
بمال فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل لان ماليته
باعتبار اللب وان كان ينتفع به مع فساده لم يرده لان الكسر عيب
حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا للضرر بقدر الامكان وقال الشافعي
يرده لان الكسر بتسليطه قلنا التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في ملكه فصار
كما اذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه
لا يخلو عن قليل فاسد والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين
في المائة وان كان الفاسد كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لانه جمع بين المال
وغيره فصار كالجمع بين الحر والعبد قال ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد
عليه بعيب فان قبل بقضاء القاضي باقرار او بينة او باباء يمين له ان يرده
على بايعه لانه فسخ من الاصل فجعل البيع كأن لم يكن غاية الامر انه انكر قيام
العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء بالاقرار انه انكر
الاقرار فاثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بعيب بالبينة او بالنكول

حيث يكون ردا على الموكل لان البيع هناك واحد والموجود ههنا بيعان
فيفسخ الثاني لا ينفسخ الاول وان قبل بغير قضاء القاضي ليس له ان يرده
لانه بيع جديد في حق ثالث وان كان فسخا في حقهما والاول ثالثهما
وفي الجامع الصغير وان رد عليه بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله
لم يكن له ان يخاصم الذي باعه وبهذا يتبين ان الجواب فيما يحدث
مثله وفيما لا يحدث سواء وفي بعض روايات البيوع ان فيما لا يحدث
مثله يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع الاول قال ومن اشترى عبدا
فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع او يقيم المشتري
بينة لانه انكر وجوب دفع الثمن حيث انكر تعين حقه بدعوى العيب
ودفع الثمن اولا ليتعين حقه بازاء تعين المبيع ولانه لو قضى
بالدفع فلعله يظهر العيب فينتقض القضاء فلا يقضي به صونا لقضائه
فان قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع الثمن
يعني اذا حلف لان في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع كثير ضرر
به لانه على حجته اما اذا نكل لزم العيب لانه حجة فيه قال ومن اشترى
عبدا فادعى اباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده
والمراد التحليف على انه لم يابق عنده لان القول وان كان قوله
ولكن انكاره انما يعتبر بعد قيام العيب به في يد المشتري ومعرفته

بالجحود فاذا اقامها حلف بالله لقد باعه وسلمه اليه وما ابق قط كذا قال في
الكتاب وان شاء حلفه بالله ماله حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي او
بالله ما ابق عندك قط اما لا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لان فيه ترك النظر للمشتري لان
العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب للرد والاول ذهول
عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول في اليمين عند قيامه وقت
التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري بينة على قيام العيب عنده واراد
تحليف البائع بالله ما يعلم انه ابق عنده يحلف على قولهما واختلف المشايخ
على قول ابي حنيفة رحمه الله لهما ان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة
فكذا يترتب عليها التحليف وله على ما قاله البعض ان الحلف يترتب على دعوى
صحيحة وليست تصح الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب واذا نكل
عن اليمين عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمنا قال رضي الله عنه
اذا كانت الدعوى في اباق العبد الكبير يحلف ما ابق منذ بلغ مبلغ الرجال
لان الاباق في الصغر لا يوجب رده بعد البلوغ قال ومن اشترى جارية
وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه واخرى معها وقال المشتري
بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لان الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون
القول للقابض كما في الغصب وكذا اذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض

لما بينا قال ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض احدهما ووجد
بالاخر عيبا فانه ياخذهما او يدعهما لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون تفريقها
قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لان القبض له شبه بالعقد فالتفريق فيه كالتفريق
في العقد ولو وجد بالمقبوض عيبا اختلفوا فيه ويروى عن ابي يوسف رحمه الله انه
يرده خاصة والاصح انه ياخذهما او يردهما لان تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع
وهو اسم للكل فصار كحبس المبيع لما تعلق زواله باستيفاء الثمن لا يزول
بدون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد باحدهما عيبا يرده خاصة خلافا لزفر
هو يقول فيه تفريق الصفقة ولا يعرى عن ضرر لان العادة جرت بضم الجيد الى
الردي فاشبه ما قبل القبض وخيار الرؤية والشرط ولنا انه تفريق بعد
التمام لان بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط لا تتم به
على ما مر ولهذا لو استحق احدهما ليس له ان يرد الآخر قال ومن اشترى
شيئا مما يكال او يوزن فوجد ببعضه عيبا رده كله او اخذه ومراده بعد
القبض لان المكيل اذا كان من جنس واحد فهو كشيء واحد الا يرى انه يسمى
باسم واحد وهو الكر ونحوه وقيل هذا اذا كان في وعاء واحد وان كان في
وعاءين فهو بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذي وجد فيه العيب دون الآخر
ولو استحق بعضه فلا خيار له في رد ما بقي لانه لا يضره التبعيض والاستحقاق
لا يمنع تمام الصفقة لان تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا اذا كان بعد القبض

اما لو كان ذلك قبل القبض له ان يرد الباقي لتفرق الصفقة قبل التمام و
ان كان ثوبا فله الخيار لان التبعيض فيه عيب وقد كان وقت البيع
حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون قال ومن اشترى جارية فوجد بها
قرحا فداواها او كانت دابة فركبها في حاجته فهو رضا لان ذلك دليل قصده
الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لان الخيار هناك للاختبار وانه بالاستعمال فلا
يكون الركوب مسقطا وان ركبها ليردها على بائعها او ليسقيها او ليشتري لها
علفا فليس برضا اما الركوب للرد فلانه سبب الرد والجواب في السقي واشتراء
العلف محمول على ما اذا كان لا يجد بدا منه اما لصعوبتها او لعجزه او لكون العلف
في عدل واحد اما اذا كان يجد بدا منه لانعدام ما ذكرناه يكون رضا
ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به فقطع عند المشتري له ان يرده و
يأخذ الثمن عند ابي حنيفة وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا الى غير سارق و
على هذا الخلاف اذا قتل بسبب وجد في يد البائع والحاصل انه بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما ان الموجود في يد البائع سبب القطع
والقتل وانه لا ينافي المالية فينفذ العقد فيه لكنه متعيب فيرجع بنقصانه
عند تعذر رده وصار كما اذا اشترى جارية حاملا ولم يعلم به فماتت في يده بالولادة
فانه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا الى غير حامل وله ان سبب الوجوب
في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق

وصار

وصار كما اذا قتل المغصوب او قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب
وما ذكر من المسألة ممنوع ولئن سلم فالولادة لا تفضي الى الهلاك غالبا
ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان
كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع
الثمن وان قبله البائع فبثلاثة الارباع لان اليد من الادمي نصفه وقد
تلفت بالجنايتين وفي احداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الايدي
ثم قطع في يد الاخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق و
عندهما يرجع الاخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه بمنزلة العيب
وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لان العلم بالعيب رضي به
ولا يفيد على قوله في الصحيح لان العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع قال
ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له ان يرده بعيب وان لم يسم العيوب
ويعددها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح البراءة بناء على مذهبه ان الابراء عن
الحقوق المجهولة لا يصح هو يقول ان في الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد
وتمليك المجهول لا يصح ولنا ان الجهالة في الاسقاط لا تفضي الى المنازعة وان كان
في ضمنه التمليك لعدم الحاجة الى التسليم فلا تكون مفسدة ويدخل في هذه
البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله
لا يدخل فيه الحادث وهو قول زفر رحمه الله لان البراءة تتناول الثابت ولابي يوسف

ان الغرض الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود

قال الحادث

باب البيع الفاسد

اذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخنزير والخمر وكذا اذا كان غير مملوك كالحر قال رضي الله عنه هذه فصول جمعها وفيها تفصيل نبينها ان شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فان هذه الاشياء لا تعد مالا عند احد والبيع بالخمر والخنزير فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض والباطل لا يفيد ملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة عند بعض المشايخ لان العقد غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وعند البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة والثاني قولهما كما في بيع ام الولد والمدبر على ما نبينه ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه خلاف الشافعي وسنبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى وكذا بيع الميتة والدم والحر باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع الخمر والخنزير ان كان قوبل بالدين كالدراهم فالبيع باطل وان كان قوبل بالعين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وان كان لا يملك عين الخمر والخنزير ووجه الفرق ان الخمر مال

وكذا

١٩

وكذا الخنزير مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لما ان الشرع امر باهانته وترك اعزازه وفي تملكه بالعقد مقصودا اعزاز له وهذا لانه متى اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فسقط التقوم اصلا بخلاف ما اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه اعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة

قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق يدا على نفسه لازمة في حق المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز وان رضي المكاتب ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا عليه قيمتهما وهو رواية عنه لهما انه مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال وهذا لان المدبر وام الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم اليهما في البيع بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان

وله أنّ جهة البيع إنما تقوى بحقيقته لأنه محل تنقل الحقيقة وهما لا يقبلان
حقيقة البيع فصار كالمكاتب وليس بدخولهما في البيع في حق أنفسهما وإنما ذكر
ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وإنما
يثبت حكم الدخول فيما ضم إليه كذا هذا قال ولا يجوز بيع السمك قبل أن يصطاد
لأنه باع ما لم يملكه ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد لأنه غير مقدور
التسليم ومعناه إذا أخذ ثم ألقاه فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز
إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك قال
ولا بيع الطير في الهواء لأنه غير مملوك قبل الأخذ ولو أرسله من يده فهو غير
مقدور التسليم ولا بيع الحمل والنتاج لنهي النبي عليه السلام عن بيع الحبل وحبل
الحبلة ولأن فيه غررًا قال ولا اللبن في الضرع للغرر فعساه انتفاخ و
لأنه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط المبيع بغيره قال والصوف
على ظهر الغنم لأنه من أوصاف الحيوان ولأنه ينبت من أسفل فيختلط المبيع
بغيره بخلاف القوائم لأنها تزيد من أعلاه وبخلاف القصيل لأنه يمكن قلعه
والقطع في الصوف متعين فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح أن
النبي عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن لبن في ضرع وسمن في لبن
وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه
قال وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكرا لأنه لا يمكن

تسليمه إلا بضرر بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر
في تبعيضه ولو لم يكن معينًا لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضًا ولو قطع
البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحًا لزوال المفسد
بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحًا وإن شقهما
وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالًا أما الجذع فعين موجود قال وضربة
القانص وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجهول ولأن فيه غررًا
قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجدود مثل كيله خرصًا لأنه
عليه السلام نهى عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة
في سنبلها بمثل كيلها خرصًا ولأنه باع مكيلًا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق
الخرص كما لو كانا موضوعين على الأرض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي
يجوز فيما دون خمسة أوسق لأنه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص في العرايا وهو
أن تباع بخرصها تمرًا فيما دون خمسة أوسق قلنا العرية العطية
لغة وتأويله أن يبيع المعرى له ما على النخيل من المعري بتمر مجدود وهو
بيع مجازًا لأنه لم يملكه فيكون برًّا مبتدأ قال ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر
والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو أن يتراوض الرجلان
على سلعة أي يتساومان فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري
عليها حصاة لزم البيع فالأول بيع الملامسة والثاني المنابذة والثالث إلقاء الحجر

وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر قال
ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع ولو قال على انه بالخيار في ان ياخذ
ايهما شاء جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه بفروعه قال ولا يجوز بيع المراعي
ولا اجارتها والمراد الكلأ اما البيع فلانه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس
فيه بالحديث واما الاجارة فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت
على استهلاك عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا اولى
ولا يجوز بيع النحل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجوز اذا كان محرزا
وهو قول الشافعي لانه حيوان منتفع به حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان
لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير
والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع
كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الكرخي ولا يجوز
بيع دود القز عند ابي حنيفة لانه من الهوام وعند ابي يوسف يجوز اذا
ظهر فيه القز تبعا له وعند محمد يجوز كيفما كان لكونه منتفعا به ولا يجوز
بيع بيضه عند ابي حنيفة وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو يوسف مع ابي
حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن تسليمها جاز البيع لانه
مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الآبق لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه
الا ان يبيعه من رجل يزعم انه عنده لان المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو ان يكون

آبقا

آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري ولانه اذا كان عند المشتري
انتفى العجز عن التسليم وهو المانع ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده لانه
كان اشهد لانه امانة عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان
لم يشهد يجب ان يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عند فلان فبعه
مني لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر على تسليمه ولو باع الآبق
ثم عاد من الاباق لا يتم ذلك العقد لانه وقع باطلا لانعدام المحلية كبيع الطير
في الهواء وعن ابي حنيفة انه يتم العقد اذا لم يفسخ لان العقد انعقد لقيام المالية
والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كما اذا ابق بعد البيع وهكذا يروى عن محمد
قال ولا بيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي يجوز بيعه لانه مشروب طاهر
ولنا انه جزء الآدمي وهو بجميع اجزائه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع
ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والامة وعن ابي يوسف انه يجوز بيع لبن
الامة لانه يجوز ايراد العقد على نفسها فكذا على جزئها قلنا الرق قد حل نفسها
فاما اللبن فلا رق فيه لانه يختص بمحل تتحقق فيه القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة
في اللبن قال ولا بيع شعر الخنزير لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له
ويجوز الانتفاع به للخرز للضرورة فان ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد
مباح الاصل فلا ضرورة الى البيع ولو وقع في الماء القليل افسده عند ابي يوسف
وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولابي يوسف ان الاطلاق

للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع يغايرها ولا يجوز
بيع شعور الانسان ولا الانتفاع به لان الآدمي مكرم غير مبتذل ولا يجوز
ان يكون شيء من اجزائه مهانا مبتذلا وقد قال النبي عم لعن الله الواصلة
والمستوصلة الحديث وانما رخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون
النساء وذوائبهن قال ولا بيع جلود الميتة قبل ان تدبغ لانه غير
منتفع به قال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة باهاب وهو اسم لغير المدبوغ
على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ لانها
طهرت بالدباغ ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها
وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله لانها طاهرة لا يحلها الموت لعدم
الحيوة وقد قررناه من قبل والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله
وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال واذا كان السفل
لرجل والعلو لآخر فسقطا او سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه
لم يجز لان حق التعلي ليس بمال لان المال ما يمكن احرازه والمال هو المحل
للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعا للارض باتفاق الروايات ومفردا
في رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه حظ من الماء ولهذا يضمن بالاتلاف
وله قسط من الثمن على ما نذكره في كتاب الشرب قال ويجوز بيع الطريق و
هبته وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسئلة تحتمل وجهين بيع رقبة الطريق

والمسيل

والمسيل وبيع حق المرور والتسييل فان كان الاول فوجه الفرق بين
المسئلتين ان الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما اما
المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وان كان الثاني
ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على احديهما بينه وبين
حق التسييل ان حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق
اما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلي وعلى الارض مجهول لجهالة محله
ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلي على احدى الروايتين
ان حق التعلي يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فاشبه المنافع اما حق
المرور يتعلق بعين تبقى وهو الارض فاشبه الاعيان قال ومن باع جارية
فاذا هو غلام فلا بيع بينهما بخلاف ما اذا باع كبشا فاذا هو نعجة حيث ينعقد
البيع ويتخير والفرق يبتنى على الاصل الذي ذكرناه في النكاح لمحمد رحمه الله وهو
ان الاشارة مع التسمية اذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق العقد بالمسمى و
يبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار اليه وينعقد لوجوده
ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا على انه خباز فاذا هو كاتب وفي
مسئلتنا الذكر والانثى من بني آدم جنسان للتفاوت في الاغراض وفي الحيوانات
جنس واحد لقلة التفاوت فيهما وهو المعتبر في هذا دون الاصل كالخل و
الدبس جنسان والوذاري والزندنيجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما

ومن اشترى جارية بالف درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع
قبل نقد الثمن بخمسمائة لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي يجوز لان الملك قد
تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع وغيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن
الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عائشة لتلك المرأة وقد باعت
بستمائة بعد ما اشترت بثمانمائة بئس ما شريت واشتريت ابلغي زيد
بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول الله ان لم يتب ولان الثمن
لم يدخل في ضمانه فاذا وصل اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل
خمسمائة وذلك بلا عوض بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر
عند المجانسة قال ومن اشترى جارية بخمسمائة ثم باعها واخرى معها
من البائع قبل ان ينقد الثمن بخمسمائة فالبيع جائز في التي لم يشترها من البائع
ويبطل في الاخرى لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشترها منه
فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى
في صاحبتها ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه
باعتبار شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة
فلا يسري الى غيرها قال ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح
عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه مقداره
بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه

قال ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال
البائع الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر
اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا
وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول للمشتري
لانه ينكر الزيادة قال واذا امر المسلم نصرانيا ببيع خمر او شرائها
ففعل جاز عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز على المسلم وعلى هذا الخلاف الخنزير
وعلى هذا توكيل المحرم ببيع صيده لهما ان الموكل لا يليه فلا يوليه غيره
ولان ما يثبت للوكيل ينتقل الى الموكل فصار كانه باشره بنفسه فلا يجوز
ولابي حنيفة ان العاقد هو الوكيل باهليته وولايته وانتقال الملك
الى الآمر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام كما اذا ورثهما ثم ان كان خمرا يخللها وان
كان خنزيرا يسيبه قال ومن باع عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره
او يكاتبه او امة على ان يستولدها فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط
وقد نهى النبي عم عن بيع وشرط ثم جملة المذهب فيه ان يقال كل شرط
يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون
الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او
للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده كشرط ان لا يبيع المشتري
العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي الى الربوا ولانه



يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف
قاض على القياس ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسد
هو الظاهر من المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه انعدمت
المطالبة فلا يؤدي الى الربوا ولا الى المنازعة اذا ثبت هذا فنقول هذه الشروط
لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتخيير لا الالزام
حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي رحه و
ان كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة عليه ما ذكرناه
وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط فيه فلو اعتقه
المشتري بعد ما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب عليه الثمن عند ابي حنيفة
وقالا يبقى فاسدا حتى يجب عليه القيمة لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا
كما اذا تلف بوجه آخر ولابي حنيفة رحه ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد
على ما ذكرناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منهي للملك والشيء بانتهائه يتقرر
ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف بوجه آخر لم يتحقق الملاءمة
فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملاءمة فيترجح جانب الجواز فكان الحال
قبل ذلك موقوفا قال وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا
او دارا على ان يسكنها البائع مدة معلومة او على ان يقرضه المشتري درهما او
على ان يهدي له هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين

ولانه

ولانه عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كانت الخدمة والسكنى
يقابلها شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلها يكون
اعارة في بيع وقد نهى عم عن صفقتين في صفقة قال ومن باع
عينا على ان لا يسلمها الى راس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع
المعين باطل فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق
بالديون دون الاعيان قال ومن اشترى جارية الا حملها فسد
البيع والاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد
والحمل من هذا القبيل وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به
خلقة وبيع الاصل يتناوله فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم
يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع يبطل به والكتابة والاجارة و
الرهن بمنزلة البيع لانها تبطل بالشروط الفاسدة غير ان المفسد
في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها والهبة والصدقة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء
لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة وكذا الوصية
لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثا والجارية وصية
لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن بخلاف ما
اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجري فيها ومن اشترى ثوبا على

ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع فاسد لانه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقة في صفقة
على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه فالبيع
فاسد قال رضي الله عنه ما ذكره جواب القياس ووجهه ما بينا وفي
الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب وللتعامل جوزنا الاستصناع
والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود اذا لم
يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الاجل وهي مفضية الى المنازعة
في البيع لابتنائها على المماكسة الا اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما
او كان التاجيل الى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم جاز
لان مدة صومهم بالايام وهي معلومة فلا جهالة فيه ولا يجوز البيع
الى قدوم الحاج وكذا الى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز
لانها تتقدم وتتاخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان الجهالة
اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف
الصحابة فيها ولانه معلوم الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين
بان تكفل بما ذاب على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا
يحتملها في اصل الثمن فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل
الثمن الى هذه الاوقات حيث جاز لان هذا تاجيل الدين وهذه الجهالة

فيه متحملة بمنزلة الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط
الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان ياخذ
الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر لا يجوز
لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل
ولنا ان الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط
زائد لا في صلب العقد فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين
ثم اسقط الدرهم الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى
اجل لانه متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب ثم تراضيا خرج
وفاقا لان من له الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه قال ومن جمع
بين حر وعبد او شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد ان سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد والشاة وان جمع
بين عبد ومدبر او بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند علمائنا
الثلثة وقال زفر رحمه الله فسد البيع فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة و
المكاتب وام الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الاول اذ محلية البيع منتفية
بالاضافة الى الكل ولهما ان الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى الى القن
كمن جمع بين الاجنبية واخته في النكاح بخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل واحد
لانه مجهول ولابي حنيفة وهو الفرق بين الفصلين ان الحر لا يدخل

بحكم العقد اصلاً لانه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في
الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف النكاح لانه لا يبطل
بالشروط الفاسدة واما البيع في هؤلاء موقوف وقد دخلوا تحت العقد
لقيام المالية ولهذا ينفذ في عبد الغير باجازته وفي المكاتب برضاه في
الاصح وفي المدبر بقضاء القاضي وكذا في ام الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف
الا ان المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم انفسهم ردوا البيع
فكان هذا اشارة الى البقاء كما اذا اشترى عبدين وهلك احدهما قبل القبض
وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء ولهذا
لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في احكامه

واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان
كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي لا يملكه وان
قبض لانه محظور فلا ينال به نعمة الملك ولان النهي نسخ للمشروعية
للتضاد ولهذا لا يفيد قبل القبض وصار كما اذا باع بالميتة او باع الخمر
بالدراهم ولنا ان ركن البيع صدر من اهله مضافا الى محله فوجب
القول بانعقاده ولا خفاء في الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال
وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور فنفس البيع
مشروع وبه تنال نعمة الملك وانما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء

وانما

وانما لا يثبت الملك قبل القبض كيلا يؤدي الى تقرير الفساد المجاور اذ هو
واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة اولى ولان السبب قد
ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيشترط اعتضاده بالقبض في افادة الحكم
بمنزلة الهبة والميتة ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر مثمنا فقد
خرجناه وشيء آخر وهو ان في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا
ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع وهو الظاهر الا انه يكتفى به دلالة
كما اذا قبضه في مجلس العقد بحضرته استحسانا وهو الصحيح لان البيع تسليط
منه على القبض فاذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه كان بحكم التسليط
السابق وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحسانا وشرط ان يكون
في العقد عوضان كل واحد منهما مال ليتحقق به ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن
وقوله لزمته قيمته في ذوات القيم فاما في ذوات الامثال يلزمه المثل لانه
مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لان المثل صورة ومعنى
اعدل من القيمة معنى قال ولكل واحد من المتعاقدين فسخه
رفعا للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لانه لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا
منه وكذا بعد القبض اذا كان الفساد في صلب العقد لقوته ولو كان الفساد
لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد الا انه لم

يتحقق المراغمة في حق من له الشرط قال فان باعه المشتري نفذ بيعه
لانه ملكه بالقبض فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق
حق العبد بالثاني ونقض الاول لحق الشرع وحق العبد يقدم لحاجته
ولان الاول مشروع باصله دون وصفه والثاني مشروع باصله
ووصفه فلا يعارضه بمجرد الوصف ولانه حصل بتسليط من جهة
البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة لان كل واحد منهما
حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسليط من جهة
الشفيع على المشتري قال ومن اشترى عبدا بخمر او خنزير فقبضه
واعتقه او باعه او وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة لما ذكرنا انه
ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته والاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن نظير البيع
لانهما لازمان الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن
لزوال المانع وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار ورفع الفساد
عذر ولانها تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا قال وليس للبائع
في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع مقابل به فيصير
محبوسا به كالرهن وان مات البائع فالمشتري احق به حتى يستوفي الثمن
لانه يقدم عليه في حياته فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن

ثم ان كان دراهم الثمن قائمة ياخذها بعينها لانها تتعين في البيع الفاسد
وهو الاصح لانه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكة اخذ مثلها لما بينا قال
ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه قيمتها عند ابي حنيفة
رواه يعقوب عنه في الجامع الصغير ثم شك بعد ذلك في الرواية وقال
ومحمد رحمهما الله ينقض البناء وترد الدار والغرس على هذا الخلاف لهما
ان حق الشفيع اضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه الى القضاء ويبطل
بالتاخير بخلاف حق البائع ثم اضعف الحقين لا يبطل بالبناء فاقواهما
اولى وله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسليط
من جهة البائع فينقطع به حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه
لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل بهبة المشتري وبيعه فكذا ببنائه
وشك يعقوب في حفظ الرواية عن ابي حنيفة وقد نص محمد على الاختلاف
في كتاب الشفعة فان حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته
على الاختلاف ومن اشترى جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها
تصدق بالربح ويطيب للبائع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين
فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا يتعينان في
العقود فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث في الربح فلا يجب التصدق
وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك عند ابي حنيفة ومحمد

فيشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث
انه يتعلق به سلامة المبيع او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة
شبهة والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها
قال وكذا اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا على انه لم يكن عليه شيء
وقد ربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك ههنا لان الدين
وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا فلا
يعمل فيما لا يتعين **فصل فيما يكره** قال ونهى النبي عليه السلام
عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد الشراء ليرغب غيره فقال عم
لا تناجشوا قال وعن السوم على سوم غيره قال عليه السلام لا يستام الرجل
على سوم اخيه ولا يخطب على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا
وهذا اذا تراضى المتعاقدان على مبلغ الثمن في المساومة واذا لم يركن احدهما
الى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محمل النهي في النكاح
ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد واذا كان لا يضر
لا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور
والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي فقد قال عم لا يبيع الحاضر للبادي
وهذا اذا كان اهل البلدة في قحط وعوز وهو ان يبيع من اهل البدو طمعا
في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم اما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام

الضرر قال وعن البيع عند اذان الجمعة قال الله تعالى وذروا البيع ثم
فيه اخلال بواجب السعي على بعض الوجوه وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه في
كتاب الصلوة قال كل ذلك يكره لما ذكرناه ولا يفسد به البيع لان الفساد
لمعنى خارج زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس
ببيع من يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح ان النبي عم باع قدحا وحلسا
ببيع من يزيد ولانه بيع الفقراء والحاجة ماسة اليه ومن ملك مملوكين
صغيرين احدهما ذو رحم محرم من الآخر لم يفرق بينهما وكذلك ان كان احدهما
كبيرا والاصل فيه قوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين
احبته يوم القيامة ووهب رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي غلامين اخوين
صغيرين ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت احدهما فقال عليه السلام ادرك
ادرك ويروى اردد اردد ولان الصغير يستأنس بالصغير و
بالكبير والكبير يتعاهده فكان في بيع احدهما قطع الاستيناس والمنع
من التعاهد وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد اوعد عليه ثم المنع
معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب
غير محرم ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لان النص
ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما
ذكرنا حتى لو كان احد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما

ولو كان التفريق بحق مستحق لا باس به كدفع احدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لان المنظور اليه دفع الضرر عن غيره لا الاضرار به
قال فان فرق كره له ذلك وجاز العقد وعن ابي يوسف انه لا يجوز في قرابة
الولاد ويجوز في غيرها وعنه انه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا فان الامر
بالادراك والرد لا يكون الا في البيع الفاسد ولهما ان ركن البيع صدر
من اهله مضافا الى محله وانما الكراهة لمعنى مجاور فاشبه كراهة الاستيام
فان كانا كبيرين فلا باس بالتفريق بينهما لانه ليس في معنى ما ورد به النص وقد
صح ان النبي عم فرق بين مارية وسيرين وكانتا امتين اختين

باب الاقالة

الاقالة جائزة في البيع بمثل الثمن الاول
لقوله عم من اقال نادما بيعته اقال الله عثرته يوم القيامة ولان العقد
حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فان شرط اكثر منه او اقل فالشرط باطل
ويرد مثل الثمن الاول والاصل ان الاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد
في حق غيرهما الا ان لا يمكن جعله فسخا فتبطل وهذا عند ابي حنيفة رضه
وعند ابي يوسف رحه هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا الا ان لا
يمكن جعله فسخا فتبطل وعند محمد رحه هو فسخ الا اذا تعذر جعله
فسخا فيجعل بيعا الا ان لا يمكن فتبطل لمحمد رحه ان اللفظ للفسخ والرفع
ومنه يقال اقلني عثرتي فيوفر عليه قضيته واذا تعذر يحمل على محتمله

وهو البيع

وهو البيع الا ترى انه بيع في حق ثالث ولابي يوسف رحه انه مبادلة المال
بالمال بالتراضي وهذا هو حد البيع ولهذا يبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب
وتثبت به الشفعة وهذه احكام البيع ولابي حنيفة رحه ان اللفظ ينبئ عن
الرفع والفسخ كما قلنا والاصل اعمال الالفاظ في مقتضياتها الحقيقية ولا
يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده
فتعين البطلان وكونه بيعا في حق الثالث امر ضروري لانه يثبت به مثل
حكم البيع لا مقتضى الصيغة اذ لا ولاية لهما على غيرهما اذا ثبت هذا نقول
اذا شرط الاكثر فالاقالة على الثمن الاول لتعذر الفسخ على الزيادة اذ رفع ما لم
يكن ثابتا محال فيبطل الشرط لان الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع
لان الزيادة يمكن اثباتها في البيع فيتحقق الربوا اما لا يمكن اثباتها في
الرفع وكذا اذا شرط الاقل لما بينا الا ان يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت
الاقالة بالاقل لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة
يكون بيعا لان الاصل هو البيع عند ابي يوسف وعند محمد جعله بيعا ممكن فاذا
زاد كان قاصدا بهذا البيع وكذا في شرط الاقل عند ابي يوسف لانه هو الاصل عنده
وعند محمد هو فسخ بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن الاول ولو سكت عن
الكل واقال يكون فسخا فهذا اولى بخلاف ما اذا زاد واذا دخله عيب فهو فسخ
بالاقل لما بينا ولو اقال بغير جنس الثمن الاول فهو فسخ بالثمن الاول عند ابي ح

ويجعل التسمية لغوا وعندهما بيع لما بينا فلو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا
فالاقالة باطلة عنده لان الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون بيعا والاقالة قبل
القبض في المنقول وغيره فسخ عند ابي حنيفة ومحمد وكذا عند ابي يوسف في المنقول
لتعذر البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لامكان البيع فان بيع العقار قبل
القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك المبيع يمنع
منها لان رفع البيع يستدعي قيامه وهو قائم بالمبيع دون الثمن فان هلك
بعض المبيع جازت الاقالة في الباقي لقيام البيع ولو تقايضا تجوز الاقالة بعد
هلاك احدهما ولا تبطل بهلاك احدهما لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع
باقيا به

باب المرابحة والتولية

قال المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح والتولية
نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول من غير زيادة ربح والبيعان
جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة الى هذا النوع من البيع لان
الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج الى ان يعتمد فعل الذكي المهتدي
وتطيب نفسه بمثل ما اشترى وبزيادة ربح فوجب القول بجوازهما
ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وعن شبهتها
وقد صح ان النبي عم لما اراد الهجرة ابتاع ابو بكر رضي الله عنه بعيرين فقال
له النبي عليه السلام ولني احدهما فقال هو لك بغير شيء فقال اما بغير ثمن فلا

قال ولا تصح المرابحة والتولية حتى يكون العوض مما له مثل لانه اذا
لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهي مجهولة ولو كان المشتري
باعه مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه بربح درهم او بشيء من المكيل
موصوف جاز لانه يقدر على الوفاء بما التزم وان باعه بربح ده يازده
لا يجوز لانه باعه برأس المال وببعض قيمته لانه ليس من ذوات
الامثال ويجوز ان يضيف الى راس المال اجرة القصار والصبغ والطراز
والفتل واجرة حمل الطعام لان العرف جار بالحاق هذه الاشياء برأس المال
في عرف التجار ولان كل ما يزيد في المبيع او في قيمته يلحق به هذا هو الاصل
وما عددناه بهذه الصفة لان الصبغ واخواته يزيد في العين والحمل
يزيد في القيمة اذ القيمة تختلف باختلاف المكان ويقول قام علي
بكذا ولا يقول اشتريته بكذا كيلا يكون كاذبا وسوق الغنم بمنزلة الحمل بخلاف
اجرة الراعي وكراء بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين والمعنى وبخلاف اجرة
التعليم لان ثبوت الزيادة لمعنى فيه وهو حذاقته فاذا اطلع المشتري
على خيانة في المرابحة فهو بالخيار عند ابي حنيفة ان شاء اخذه بجميع
الثمن وان شاء تركه وان اطلع على خيانة في التولية اسقطها من الثمن
وقال ابو يوسف يحط فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد ان الاعتبار
للتسمية لكونه معلومة والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا

مرغوب فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولأبي يوسف رحمه الله أن
الأصل فيه كونه تولية أو مرابحة وهذا بتعقد بقوله وليتك بالثمن الأول
أي بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما فلا بد من البناء
على الأول وذلك بالحط غير أنه يحط في التولية قدر الخيانة من رأس
المال وفي المرابحة منه ومن الربح ولأبي حنيفة رحمه الله أنه لو لم يحط في التولية
لا تبقى تولية لأنه يزيد على الثمن الأول فيتغير التصرف فيتعين الحط
وفي المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة وإن كان يتفاوت الربح فلا يتغير
التصرف فأمكن القول بالتخيير فلو هلك قبل أن يرده أو حدث فيه
ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة لأنه مجرد خيار
لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لأنه يطالبه
بتسليم الفائت فيسقط ما يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه
بربح ثم اشتراه فإن باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فإن كان
استغرق الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة
على الثمن الأخير صورته إذا اشتراه بعشرة وباعه بخمسة عشر ثم اشتراه
بعشرة فإنه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو اشتراه
بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما
يبيعه مرابحة على العشرة في الفصلين لهما أن العقد الثاني

عقد

عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول فيجوز بناء المرابحة عليه كما إذا
تخلل ثالث ولأبي حنيفة رحمه الله أن شبهة حصول الربح بالعقد
الثاني ثابت لأنه يتأكد به بعد ما كان على شرف السقوط بالظهور على
عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لم تجز المرابحة
فيما أخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير كأنه اشترى خمسة
وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما إذا تخلل ثالث لأن التأكد حصل
بغيره قال وإذا اشترى العبد المأذون له في التجارة ثوبا بعشرة
وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة
على عشرة وكذا إذا كان المولى اشتراه فباعه من العبد لأن في هذا العقد
شبهة العدم لجوازه مع المنافي فاعتبر عدما في حكم المرابحة وبقي الاعتبار
للأول فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الأول وكأنه
يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الأول قال وإن
كان مع المضارب عشرة دراهم بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه
من رب المال بخمسة عشر فإنه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف
لأن هذا البيع وإن قضي بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر رحمه الله
مع أنه اشترى ماله بماله لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو
مقصود والانعقاد يتبع الفائدة ففيه شبهة العدم ألا ترى أنه وكيل عنه

في البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال ومن
اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة ولا يبين لانه
لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف تابعة لا يقابلها الثمن
ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شيء من الثمن وكذا منافع البضع
لا يقابلها شيء من الثمن والمسألة فيما اذا لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف
في الاول لا يبيع من غير بيان كما اذا احتبس بفعله وهو قول الشافعي اما
اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها مرابحة حتى
يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من الثمن وكذا اذا وطئها
وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها الثمن وقد حبسها قال ولو
اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان
ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بيناه قال
ومن اشترى غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم
المشتري فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا ترى
انه يزاد في الثمن لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار
كانه اشترى شيئين وباع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب
السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا ظهرت يخير كما في العيب وان استهلكه
ثم علم لزمه بالف ومائة لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن قال

فان كان ولاه اياه ولم يبين رده ان شاء لان الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لانه بناء على الثمن الاول وان كان استهلكه ثم علم لزمه بالف حالة
لما ذكرنا وعن ابي يوسف انه يرد القيمة ويسترد كل الثمن وهو نظير
ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد وعلم بعد الانفاق وسنبينه من بعد
ان شاء الله وقيل يقوم بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو
لم يكن الاجل مشروطا في العقد ولكنه منجم معتاد قيل لا بد من
بيانه لان المعروف كالمشروط وقيل يبيعه ولا يبينه لان الثمن
حال قال ومن ولى رجلا شيئا بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام
عليه فالبيع فاسد لجهالة الثمن وان اعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار
ان شاء اخذه وان شاء تركه لان الفساد لم يتقرر فاذا حصل العلم في المجلس
جعل كابتداء العقد وصار كتأخير القبول الى آخر المجلس وبعد الافتراق
قد تقرر فلا يقبل الاصلاح ونظيره بيع الشيء برقمه اذا علم في المجلس
وانما يتخير لان الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار الرؤية

فصل

ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز بيعه حتى
يقبضه لانه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض ولان فيه غرر انفساخ
العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع العقار قبل القبض عند ابي حنيفة
وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا الى اطلاق الحديث

والاعتبار بالمنقول وصار كالاجارة ولهما ان ركن البيع صدر من اهله
مضافا الى محله ولا غرر فيه لان الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول
والغرر المنهي عنه غرر انفساخ العقد والحديث معلول به عملا بدلائل
الجواز والاجارة قيل على هذا الخلاف قال ومن اشترى مكيلا مكايلة
او موزونا موازنة فاكتاله او اتزنه ثم باعه لم يجز للمشتري منه ان يبيعه ولا
ان ياكله حتى يعيد الكيل والوزن لان النبي عليه السلام نهى عن بيع الطعام حتى
يجري فيه الصاعان صاع البائع وصاع المشتري ولانه يحتمل ان يزيد على
المشروط وذلك للبائع والتصرف في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف
ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له وبخلاف ما اذا باع ثوبا مذارعة لان
الزيادة له اذ الذرع وصف في الثوب بخلاف القدر ولا معتبر بكيل البائع
قبل البيع وان كان بحضرة المشتري لانه ليس صاع البائع والمشتري وهو
الشرط ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لان الكيل من باب التسليم لان
به يصير المبيع معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بعد البيع بحضرة
المشتري فقد قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اعتبر صاعين والصحيح انه يكتفى به
لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما نبين ان شاء الله ولو اشترى المعدود عدا فهو كالمذروع
فيما يروى عنهما لانه ليس بمال الربا وكالموزون فيما يروى عنه لانه لا يحل

الزيادة على المشروط قال والتصرف في الثمن قبل القبض جائز لقيام المطلق
وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم تعينها بالتعيين بخلاف
المبيع قال ويجوز للمشتري ان يزيد للبائع في الثمن ويجوز للبائع ان يزيد في
المبيع ويجوز ان يحط عن الثمن ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط
يلتحقان باصل العقد عندنا وعند زفر والشافعي لا يصحان على اعتبار الالتحاق
بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملكه
عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل
المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا
او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما اذا اسقطا
الخيار او شرطاه بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد لان وصف الشيء
يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ويظهر
حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل في الزيادة ويباشر على الباقي
في الحط وفي الشفعة حتى ياخذ بما بقي في الحط وانما كان للشفيع ان ياخذ
بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه الثابت فلا يملكانه ثم
الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حالة



يصح لاعتبار عدو الشي يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه بحال يكون اخراج
البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد استنادا ومن باع بثمن حال ثم اجله
اجلا معلوما صار موجلا لان الثمن حقه فله ان يوخره تيسيرا على من عليه الحق
الا يرى انه يملك ابراه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كانت الجهالة
متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس
يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل قال وكل دين حال اذا اجله صاحبه
صار موجلا لما ذكرناه الا القرض فان تاجيله لا يصح لانه اعارة وصلة في
الابتدا حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالوصي والصبي و
معاوضة في الانتها فعلى اعتبار الابتدا لا يلزم التاجيل فيه كما في الاعارة
اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتها لا يصح لانه يصير بيع الدراهم
بالدراهم نسيئة وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من
ماله القدر يم فلانا الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه
قبل المدة لانه وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم
حقا للموصي

باب الربوا

قال الربوا محرم
في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل مع الجنس والوزن
مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو اشمل والاصل
فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل

يدا بيد والفضل ربوا وعد الاشيا الستة الحنطة والشعير والتمر
والملح والذهب والفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع
مثل وبالنصب مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر
فالحكم معلول باجماع القايسين لكن العلة عندنا ما ذكرنا وعند الشافعي
الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية شرط والمساواة
مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على شرطين التقابض والمماثلة
وكل ذلك مشعر بالعزة والخطر كاشتراط الشهادة في النكاح فيعلل
بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو الطعم لبقا الانسان به و
الثمنية لبقا الاموال التي هي مناط المصالح بها ولا اثر للجنسية في
ذلك فجعلناه شرطا والحكم قد يدور مع الشرط ولنا انه اوجب
المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه تحقيقا لمعنى البيع اذ
هو ينبي عن التقابل وذلك بالتماثل او صيانة لاموال الناس عن
التوى او تتميما للفايدة باتصال التسليم به ثم يلزم عند فوته حرمة الربوا
والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة والمعنى والمعيار يسوي
الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربوا
لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد العاقدين في المعاوضة الخالية
عن عوض شرط فيه ولا يعتبر الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان

في اعتباره سد باب المبايعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء
والطعم والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق
بابلغ الوجوه لشدة الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا معتبر بما
ذكر. اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون بجنسه مثلا بمثل جاز
البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة في المعيار الا ترى الى ما يروى مكان
قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي الذهب بالذهب وزنا بوزن. وان تفاضلا
لم يجز لتحقق الربوا. ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل
لاهدار التفاوت في الوصف. ويجوز بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل
ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي العلة هي الطعم
ولا مخلص وهو المساواة فيحرم. وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة
لانه لا تقدير في الشرع بما دونه. ولو تبايعا مكيلا او موزونا غير
مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص والحديد لا يجوز عندنا لوجود القدر
والجنس وعنده يجوز لعدم الطعم والثمنية. قال واذا عدم الوصفان
الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لعدم العلة المحرمة
والاصل فيه الاباحة. واذا وجدا حرم التفاضل والنساء لوجود العلة
واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النساء مثل ان يسلم

هرويا في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة
النساء باحدهما وقال الشافعي الجنس بانفراده لا يحرم النساء
لان بالنقدية وعدمها لا يثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل
غير مانع فيصح بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه مال
الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت فضلا في المالية
فيتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا اسلم النقود في
الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما لا يتفقان في صفة
الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو مثمن يتعين بالتعيين
والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين بالتعيين. ولو باع
بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها قبل الوزن. وفي الزعفران
واشباهه لا يجوز. فاذا اختلفا فيه صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر
من كل وجه فتنزل الشبهة فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة. قال
وكل شيء نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على تحريم التفاضل فيه كيلا
فهو مكيل ابدا وان ترك الناس الكيل فيه مثل الحنطة والشعير والتمر
والملح. وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الفضة
والذهب لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى. وما لم ينص عليه
فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة. وعن ابي يوسف انه يعتبر العرف

على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص على ذلك مكان العادة فكانت هي
المنظور اليها وقد تبدلت فعلى هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا
وزنا او الذهب بجنسه متماثلا كيلا لا يجوز عندهما وان تعارفوا
ذلك لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه كما لو باع مجازفة الا انه يجوز
السلم في الحنطة ونحوها وزنا لوجود السلم في معلوم قال وكل ما
ينسب الى الرطل فهو وزني معناه ما يباع بالاواقي لانها قدرت بطريق
الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان
موزونا فلو بيع بمكيال لا يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم
الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة قال وعقد الصرف ما وقع على
جنس الاثمان يعتبر فيه قبض عوضيه في المجلس لقوله عليه السلام الفضة
بالفضة هاء وهاء معناه يدا بيد وسنبين في الصرف ان شاء الله تعالى
قال وما سواه مما فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض
خلافا للشافعي في بيع الطعام بالطعام له قوله عم في الحديث المعروف
يدا بيد ولانه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض وللنقد مزية
فتثبت شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض
كالثوب وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف
ويترتب ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به

ومعنى

ومعنى قوله عم يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية بخلاف النقد والمؤجل
قال ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين والجوزة
بالجوزتين لانعدام المعيار فلا يتحقق الربوا والشافعي يخالفنا فيه
لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع الفلس بالفلسين باعيانهما
عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية تثبت
باصطلاح الكل فلا يبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين
فصار كما اذا كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما
ان الثمنية تثبت في حقهما باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل
باصطلاحهما واذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود وزنيا
لبقاء الاصطلاح على العد اذ في نقضه في حق العد فساد العقد
فصار كالجوزة بالجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية خلقة
بخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالي بالكالي وقد نهي عنه وبخلاف
ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده يحرم النساء قال
ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق لان المجانسة باقية من وجه
لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار فيهما الكيل لكن الكيل غير مسوى بينهما
وبين الحنطة لاكتنازهما فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان

كيلا بكيل وفي بيع الدقيق بالدقيق كيلا متساويا لتحقق الشرط وفي بيع الدقيق
بالسويق لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز بيع
الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما لقيام المجانسة
من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود قلنا معظم
المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات البعض كالمقلية مع
غير المقلية والعلكة بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز الا اذا كان
اللحم المفرز اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي بمقابلة السقط اذ
لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة السقط او من حيث زيادة
اللحم وصار كالدهن بالسمسم ولهما انه باع الموزون بما ليس بموزون
لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن لانه يخفف
نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف تلك المسألة لان الوزن في الحال يعرف قدر
الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ويوزن الثجير قال ويجوز
بيع الرطب بالتمر مثلا بمثل عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا العنب بالزبيب ما قالا
وقالا لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه او ينقص اذا جف فقيل نعم فقال
النبي عليه السلام لا اذا وله ان الرطب تمر لقوله عليه السلام حين اهدي اليه رطبا اكل
كل تمر خيبر هكذا سماه تمرا وبيع التمر بمثله جائز لما روينا ولانه لو كان تمرا

جاز البيع

٣٧

جاز البيع باول الحديث وان كان غير تمر فبآخره وهو قوله عليه السلام
اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومدار ما روياه على زيد بن عياش
وهو ضعيف عند النقلة وكذا الزبيب بالعنب يعني على الخلاف والوجه
ما بيناه وقيل لا يجوز بالاتفاق اعتبارا بالحنطة المقلية وغير المقلية
والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لانه بيع التمر بالتمر وكذا بيع
الحنطة الرطبة او المبلولة بمثلها او باليابسة او التمر او الزبيب المنقع
بالمنقع منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله وقال محمد لا يجوز جميع
ذلك لانه يعتبر المساواة في اعدل الاحوال وهو المآل وابو حنيفة يعتبره
في الحال وكذا ابو يوسف عملا باطلاق الحديث الا انه ترك هذا الاصل في
بيع الرطب بالتمر لما رويناه لهما ووجه الفرق لمحمد بين هذه الفصول
وبين الرطب بالرطب ان التفاوت فيما يظهر مع بقاء البدلين على الاسم
الذي عقد عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء احدهما على ذلك فيكون
تفاوتا في عين المعقود عليه وفي الرطب بالرطب التفاوت بعد زوال ذلك
الاسم فلم يكن تفاوتا في المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلا
لا يجوز لان البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر
اثنان بواحد لانه ليس بتمر لان هذا الاسم له من اول ما ينعقد صورته
لا قبله والكفرى عددي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز للجهالة

قال ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الدهن
والشيرج اكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة بالثجير
لان عند ذلك يعرى عن الربوا اذ ما فيه من الدهن موزون وهذا لان
ما فيه لو كان اكثر او مساويا له فالثجير وبعض الدهن او الثجير وحده
فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لم يجز لاحتمال الربوا والشبهة فيه كالحقيقة و
الجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه على هذا الاعتبار
واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيف ما كان بالاجماع
قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ومراده لحم الابل
والبقر والغنم فاما البقر والجواميس جنس واحد وكذا المعز مع الضأن
جنس وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك البان البقر والغنم وعن الشافعي
انها جنس واحد لاتحاد المقصود ولنا ان الاصول مختلفة حتى لا يكمل
نصاب احدهما بالآخر في الزكوة فكذا اجزاؤها اذا لم يتبدل بالصنعة قال
وكذا خل الدقل بخل العنب للاختلاف بين اصليهما فكذا بين مائيهما ولهذا
كان عصيراهما جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
قال وكذا شحم البطن بالالية او باللحم لانها اجناس مختلفة لاختلاف الصور
والمعاني والمنافع اختلافا فاحشا قال ويجوز بيع الخبز بالحنطة والدقيق
متفاضلا لان الخبز صار عدديا او موزونا فخرج من ان يكون مكيلا

من كل وجه والحنطة مكيلة وعن ابي حنيفة انه لا خير فيه والفتوى على
الاول وهذا اذا كانا نقدين فان كانت الحنطة نسيئة جاز ايضا وان
كان الخبز نسيئة يجوز عند ابي يوسف وعليه الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز
في الصحيح ولا خير في استقراضه عددا او وزنا عند ابي حنيفة لانه يتفاوت
بالخبز والخباز والتنور والتقدم والتأخر وعند محمد يجوز بهما للتعامل
وعند ابي يوسف يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال
ولا ربوا بين المولى وعبده لان العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا
وهذا اذا كان مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لان
ما في يده ليس ملك المولى عند ابي حنيفة وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار
كالاجنبي فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه قال ولا بين المسلم
والحربي في دار الحرب خلافا لابي يوسف والشافعي لهما الاعتبار بالمستأمن
منهم في دارنا ولنا قوله عم لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب ولان
مالهم مباح في دارهم فباي طريق اخذه المسلم اخذ مالا مباحا اذا لم يكن فيه
غدر بخلاف المستأمن منهم لان ماله صار محظورا بعقد الامان

باب الحقوق

ومن اشترى منزلا فوقه منزل
فليس له الاعلى الا ان يشتريه بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير
هو فيه او منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الاعلى

ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت
والدار فاسم الدار ينتظم العلو لانه اسم لما ادير عليه الحدود والعلو من
توابع الاصل واجزائه فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله
والشيء لا يكون تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين
الدار والبيت لانه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون
فيه منزل الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع
ولشبهه بالبيت لا يدخل بدونه وقيل في عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك
لان كل بيت يسمى خانه ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل
الكنيف لانه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة
لانه مبني على هواء الطريق فاخذ حكمه وعندهما ان كان مفتحه في الدار
يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لانه من توابعه فشابه الكنيف قال
ومن اشترى بيتا في دار او منزلا او مسكنا لم يكن له الطريق الا ان يشتريه
بكل حق هو له او بمرافقه او بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لانه خارج الحدود الا انه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف الاجارة
لانها تعقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري الطريق عادة
ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة منه اما الانتفاع بالمبيع
ممكن بدونه لان المشتري عادة يشتريه وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره

فحصلت الفائدة

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه ياخذها
وولدها وان اقر بها لرجل لم يتبعها ولدها ووجه الفرق ان البينة حجة
مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الاصل والولد كان متصلا بها
فيكون له اما الاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة الاخبار
وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال فلا يكون الولد له ثم قيل يدخل الولد
في القضاء بالام تبعا وقيل يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان
القاضي اذا لم يعلم بالزوائد قال محمد لا تدخل الزوائد في الحكم فكذا الولد اذا
كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قال ومن اشترى عبدا فاذا هو
حر وقد قال العبد للمشتري اشترني فاني عبد له فان كان البائع حاضرا او غائبا
غيبة معروفة لم يكن على العبد شيء وان كان البائع لا يدرى اين هو رجع المشتري
على العبد ورجع هو على البائع وان ارتهن عبدا مقرا بالعبودية فوجده
حرا لم يرجع عليه على كل حال وعن ابي يوسف انه لا يرجع فيهما لان الرجوع بالمعاوضة
او بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار كما اذا قال الاجنبي ذلك
او قال ارتهني فاني عبد وهي المسألة الثانية ولهما ان المشتري شرع في
الشراء معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول له في الحرية فيجعل العبد
بالامر بالشراء ضامنا للثمن له عند تعذر رجوعه على البائع دفعا للغرور والضرر

ولا تنعقد إلا فيما لا يعرف مكانه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل
الأمر به ضمانا للسلامة كما هو موجبه بخلاف الرهن لأنه ليس بمعاوضة
بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه
مع حرمة الاستبدال فلا يجعل الأمر به ضمانا للسلامة وبخلاف الأجنبي لأنه لا
يعبأ بقوله فلا يتحقق الغرور ونظير المسألة قول المولى بايعوا عبدي
هذا فإني قد أذنت له ثم ظهر الاستحقاق فإنهم يرجعون عليه بقيمته ثم وضع
المسألة ضرب إشكال على قول أبي حنيفة لأن الدعوى شرط في حرية العبد
عنده والتناقض يفسد الدعوى فقيل إن كان الوضع في حرية الأصل
فالدعوى فيها ليس بشرط عنده لتضمنه تحريم فرج الأم وقيل هو شرط لكن
التناقض غير مانع لخفاء العلوق وإن كان الوضع في الإعتاق فالتناقض
لا يمنع لاستبداد المولى به وصار كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق
الثلاث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الإعتاق قبل الكتابة قال ومن ادعى
حقا في دار معناه حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم فاستحقت الدار
إلا ذراعا منها لم يرجع بشيء لأن للمدعي أن يقول دعواي في هذا الباقي وإن
ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء رجع بحسابه لأن التوفيق
غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات سلامة المبدل ودلت المسألة على أن
الصلح عن المجهول على معلوم جائز لأن الجهالة فيما يسقط لا تفضي إلى المنازعة

فصل في بيع الفضولي

قال ومن باع
ملك غيره فالمالك بالخيار إن شاء أجاز البيع وإن شاء فسخ وقال
الشافعي لا ينعقد لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية لأنها بالملك
أو بالإذن من المالك وقد فقدا ولا انعقاد إلا بالقدرة الشرعية
ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله في محله فوجب القول
بانعقاده إذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفى
مؤنة طلب المشتري وقرار الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون
كلامه عن الإلغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا
لهذه الوجوه كيف وإن الإذن ثابت دلالة لأن العاقل يأذن
في التصرف النافع قال وله الإجازة ما دام المعقود عليه باقيا
والمتعاقدان بحالهما لأن الإجازة تصرف في العقد فلا بد من
قيامه وذلك بقيام العاقدين والمعقود عليه وإذا أجاز المالك
كان الثمن مملوكا له أمانة في يده بمنزلة الوكيل لأن الإجازة اللاحقة
بمنزلة الوكالة السابقة وللفضولي أن يفسخ العقد قبل الإجازة
دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لأنه معبر محض
هذا إذا كان الثمن دينا وإن كان عرضا معينا إنما تصح الإجازة إذا
كان العرض باقيا أيضا ثم الإجازة إجازة نقد لا إجازة عقد حتى يكون

العوض الثمن مملوكا للغصوب في وعليه مثل المبيع ان كان مثليا او قيمته

ان لم يكن مثليا لانه شرا من وجه والشراء لا يتوقف على الاجازة

ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الوارث في الفصلين لانه توقف

على اجازة المورث بنفسه فلا يجوز باجازة غيره ولو اجاز المالك

في حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع في قول ابي يوسف اولا وهو

قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع ابو يوسف وقال لا يصح حتى يعلم قيامه

عند الاجازة لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال

ومن غصب عبدا فباعه واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز

استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يجوز لانه لا عتق

بدون الملك قال عم لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والموقوف لا يفيد الملك

ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه

والمصحح للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب

ثم يودي الضمان ولا ان يعتق المشتري والخيار للبائع ثم يجيز البائع وكذا

لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى

نفذ من الغاصب اذا ادى الضمان وكذا لا يصح اعتاق المشتري من

الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان ولهما ان الملك ثبت موقوفا

بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف

الاعتاق مرتبا عليه ويتوقف بنفاذه وصار كاعتاق المشتري من الراهن

وكاعتاق الوارث عبدا من التركة وهي مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا

قضى الديون بعد ذلك بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير

موضوع لافادة الملك وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس

بمطلق وقران الشرط به يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا وبخلاف المشتري

من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع ملك بات فاذا طرأ

على ملك موقوف لغيره ابطله واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ

اعتاق المشتري منه كذا ذكره هلال وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد

فاخذ ارشها ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك قد تم له من وقت

الشرى فتبين ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد والعذر له ان الملك

من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش

ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد المشتري

والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق على ما مر

ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه او فيه شبهة عدم الملك

قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى البيع الاول لم يجز البيع

الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على اعتبار عدم الاجازة في البيع

الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر

قال فان لم يبعه المشتري فمات في يده او قتل ثم اجاز المولى البيع الاول
لم يجز لما ذكرنا ان الاجازة من شرطها قيام المعقود عليه وقد فات بالموت
وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقائه
البدل لانه لا ملك للمشتري عند القتل ملكا يقابل بالبدل فتحقق الفوات بخلاف
البيع الصحيح لان ملك المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل له فيكون المبيع
قائما بقيام خلفه قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة
على اقرار البائع او رب العبد انه لم يأمره بالبيع واراد رد البيع لم تقبل بينته
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته والبينة مبنية
على صحة الدعوى وان اقر البائع بذلك عند القاضي بطل البيع ان طلب المشتري
ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق
الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب المشتري قال رضي الله عنه وذكر في الزيادات
ان المشتري اذا صدق مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق
تقبل وفرقوا ان العبد في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في
يد غيره وهو المستحق وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما
للمشتري قال ومن باع دار رجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع
عند ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف آخرا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو
قول محمد وهي مسألة غصب العقار وسنبينه في الغصب ان شاء الله تعالى

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس اشهد ان الله تعالى احل السلف
المضمون وانزل فيه اطول آية في كتابه وتلا قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا
اذا تداينتم الآية وبالسنة وهو ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس
عند الانسان ورخص في السلم والقياس وان كان يأباه ولكنا تركناه بما رويناه
ووجه القياس انه بيع المعدوم اذ المبيع هو المسلم فيه قال وهو جائز في
المكيلات والموزونات لقوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم والمراد بالموزونات غير الدراهم والدنانير لانها
اثمان والمسلم فيه لا بد ان يكون مثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون
باطلا وقيل ينعقد بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان
والعبرة في العقود للمعاني والاول اصح لان التصحيح انما يجب في محل اوجبا
العقد فيه ولا يمكن ذلك قال وكذا في المذروعات لانه يمكن ضبطها بذكر الذرع
والصفة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق شرط صحة السلم وكذا
في المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض لان العددي المتقارب معلوم
القدر مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز السلم فيه والصغير والكبير فيه
سواء لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت بخلاف البطيخ والرمان لانه
يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا وبتفاوت الآحاد في المالية يعرف العددي المتفاوت

وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في بيض النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية
ثم كما يجوز السلم فيه عددا يجوز كيلا وقال زفر لا يجوز كيلا لأنه عددي وليس
بمكيل وعنه أنه لا يجوز عددا أيضا للتفاوت ولنا أن المقدار مرة يعرف
بالعدد وتارة بالكيل وإنما صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما
وكذا في الفلوس عددا وقيل هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز
لأنها أثمان ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فتبطل باصطلاحهما
فلا تعود وزنيا وقد ذكرناه من قبل ولا يجوز السلم في الحيوان وقال الشافعي
يجوز لأنه يصير معلوما ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت
بعد ذلك يسير فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش
في المالية باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه مصنوع
العباد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد وقد صح أن
النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع أجناسه حتى العصافير
قال ولا في أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت إذ هو عددي متفاوت لا
معيار لها قال ولا في الجلود عددا ولا في الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت
إلا إذا عرف ذلك بأن بين طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ
يجوز إذا كان على وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه
موجودا من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا

عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي إذا كان
موجودا وقت المحل جاز لوجود القدرة على التسليم حال وجوبه ولنا
قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها ولأن القدرة على التسليم
بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة الأجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع
بعد المحل فرب السلم بالخيار إن شاء فسخ العقد وإن شاء انتظر وجوده لأن
السلم قد صح والعجز الطارئ على شرف الزوال فصار كإباق المبيع قبل القبض قال
ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لأنه معلوم القدر مضبوط
الوصف مقدور التسليم إذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم فيه عددا للتفاوت
ولا خير في السلم في السمك الطري إلا في حينه وزنا معلوما وضربا معلوما لأنه
ينقطع في زمان الشتاء حتى لو كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا وإنما يجوز وزنا
لا عددا لما ذكرنا وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعتبارا
بالسلم في اللحم عنده قال ولا خير في السلم في اللحم عند أبي حنيفة وقالا إذا وصف
من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لأنه موزون مضبوط الوصف
ولهذا يضمن بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري فيه ربا الفضل بخلاف لحم
الطيور لأنه لا يمكن وصف موضع منه وله أنه مجهول للتفاوت في قلة العظم
وكثرته أو في سمنه وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة
وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الأصح والتضمين بالمثل ممنوع

وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة لان القبض يعاين
فيعرف المقبوض به في وقته واما الوصف فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم
الا موجلا وقال الشافعي يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخصه في السلم ولنا
قوله عليه السلام الى اجل معلوم فيما رويناه ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة
المفاليس فلا بد من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا
على التسليم لم يوجد المرخص فبقي على النافي قال ولا يجوز الا باجل معلوم
لما رويناه ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة كما في البيع والاجل ادناه
شهر وقيل ثلثة ايام وقيل اكثر من نصف يوم والاول اصح قال ولا يجوز
السلم بمكيال رجل بعينه ولا بذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره
لانه تاخر فيه التسليم فربما يضيع فيؤدي الى المنازعة وقد مر من قبل
ولا بد ان يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان
كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا
في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف قال ولا في طعام قرية
بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه
اشار عليه السلام حيث قال ارايت لو اذهب الله الثمر بم يستحل احدكم
مال اخيه ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على
ما قالوا كالخشمراني ببخارا والبساخي بفرغانة قال ولا يجوز عند

ابي حنيفة في السلم الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير
ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية وصفة معلومة كقولنا جيد او ردي
ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف او كذا وزنا واجل معلوم
والاصل فيه ما رويناه والفقه ما بيناه ومعرفة مقدار راس المال اذا كان
يتعلق العقد على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان
الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى تسمية راس
المال اذا كان معينا ولا الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهاتان
مسئلتان لهما في الاولى ان المقصود يحصل بالاشارة فاشبه الثمن
والاجرة وصار كالثوب وله انه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل
في المجلس فلو لم يعلم قدره لا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه
فيحتاج الى رد راس المال والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع
المنافي بخلاف ما اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه لا يتعلق
العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في جنسين ولم يبين راس مال
كل واحد او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما ولهما في الثانية ان
مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه
مكان آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض
والغصب ولابي حنيفة ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين بخلاف القرض

والغصب واذا لم يتعين فالجهالة فيه يفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء
تختلف باختلاف المكان فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة وعن هذا
قال من قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة
وقيل على عكسه لان تعين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الاختلاف
الثمن والاجرة والقسمة وصورتها اذا اقتسما دارا وجعلا مع نصيب احدهما
شيئا له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح انه يشترط اذا كان
مؤجلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان الدار
ومكان تسليم الدابة للايفاء قال وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى
بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف قيمته ويوفيه في المكان الذي
اسلم فيه قال رضي الله عنه وهذه رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في
الاجارات يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء
ولا وجوب في الحال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد وقيل
يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عين المصر فيما له حمل
ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين اطرافه كبقعة واحدة فيما ذكرنا قال
ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود
فلانه افتراق عن دين بدين وقد نهى النبي عم عن الكالي بالكالي وان
كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام والاسلاف ينبئان

عن التعجيل

عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد
من تسليم رأس المال ليتقلب المسلم اليه فيه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا
لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لهما او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض
لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية لانه غير
مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط
قبل الافتراق ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر وقد مر نظيره وجملة الشروط
جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله و
بيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله فان اسلم مائتي درهم في كر
حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة الدين
باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع
الفساد لان الفساد طارئ اذ السلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال
قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق لما بينا وهذا لان الدين لا
يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا
يبطل البيع فينعقد صحيحا قال ولا يجوز التصرف في رأس مال السلم
والمسلم فيه قبل القبض اما الاول فلما فيه من تفويت القبض المستحق
بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف في المبيع قبل القبض
لا يجوز ولا تجوز الشركة والتولية في المسلم فيه لانه تصرف فيه قبل القبض

فان نقدا للا السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه براس المال شيئا حتى
يقبضه كله لقوله عليه السلام لا تاخذ الا سلمك او راس مالك اي عند الفسخ
ولانه اخذ شبها بالمبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا لان الاقالة
بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فجعل راس
المال مبيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء
من كل وجه وفيه خلاف زفر والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر فلما
حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وامر رب السلم ان يقبضه قضاء
لم يكن قضاء وان امره ان يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم
اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد من الكيل
مرتين لنهي النبي عم عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان وهذا هو محمل الحديث
على ما مر والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق وانه
بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه
في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع بعد الشراء وان
لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبض الكر جاز لان القرض اعارة و
لهذا ينعقد بلفظها فكان المردود عين الماخوذ مطلقا حكما فلا تجتمع
صفقتان قال ومن اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه
في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب لم يكن قبضا لان الامر بالكيل

لم يصح لانه لم يصادف ملك الامر لان حقه في الدين دون العين فصار
المسلم اليه مستعيرا للغرائر منه وقد جعل ملك نفسه فيها فصار كما لو
كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه لم يصر قابضا
ولو كانت الحنطة مشتراة والمسالة بحالها صار قابضا لان الامر قد صح
حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امره بالطحن كان الطحين
في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان يصبه
في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري ويتقرر
الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفى بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب
عنه في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امره في الشراء ان يكيله
في غرائر البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها
فلا تصير الغرائر في يده فكذا ما يقع فيه فصار كما لو امره ان يكيله ويعزله في
ناحية من بيت البائع لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا
ولو اجتمع الدين والعين والغرائر للمشتري ان بدا بالعين صار قابضا
اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين فلاتصاله بملكه وبمثله يصير قابضا
كمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها في ارضه وكمن دفع الى صائغ خاتما
وامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدا بالدين لم يصر قابضا اما
الدين فلعدم صحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم فصار مستهلكا

عند أبي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من جهته فجاز
أن يكون مراده البداءة بالعين وعندهما هو بالخيار إن شاء نقض البيع وإن
شاء شاركه في المخلوط لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما قال ومن أسلم
جارية في كر حنطة فقبضها المسلم إليه ثم تقايلا فماتت في يد المشتري فعليه قيمتها
يوم قبضها ولو تقايلا بعد هلاك الجارية جاز لأن صحة الإقالة تعتمد
بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه وفي السلم المعقود عليه إنما هو
المسلم فيه فصحت الإقالة حال بقائه وإذا جاز ابتداءً أولى أن يبقى انتهاءً
لأن البقاء أسهل وإذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية تبعاً
فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بألف درهم
ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة وإن تقايلا بعد موتها فالإقالة
باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الجارية فلا يبقى العقد بعد هلاكها
فلا تصح الإقالة ابتداءً ولا يبقى انتهاءً لانعدام محله وهذا بخلاف المقايضة
حيث تصح الإقالة وتبقى بعد هلاك أحد العوضين لأن كل واحد منهما مبيع فيه
قال ومن أسلم إلى رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم إليه شرطت لك رديئاً
وقال رب السلم لم تشترط شيئاً فالقول قول المسلم إليه لأن رب السلم
متعنت في إنكاره الصحة لأن المسلم فيه يربو على رأس المال في العادة
وفي عكسه قالوا يجب أن يكون القول لرب السلم عند أبي حنيفة لأنه يدعي الصحة

وإن كان صاحبه منكراً وعندهما القول للمسلم إليه لأنه منكر وإن أنكر الصحة
وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى ولو قال المسلم إليه لم يكن له أجل وقال رب
السلم بل كان له أجل فالقول قول رب السلم لأن المسلم إليه متعنت في إنكاره
حقاً له وهو الأجل والفساد لعدم الأجل غير متيقن لمكان الاجتهاد فلا
يعتبر النفع في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول
لرب السلم عندهما لأنه ينكر حقاً عليه فيكون القول قوله وإن أنكر الصحة
كرب المال إذا قال للمضارب شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة
وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لأنه
ينكر استحقاق الربح وإن أنكر الصحة وعند أبي حنيفة القول للمسلم إليه
لأنه يدعي الصحة وقد اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهراً
بخلاف مسألة المضاربة لأنها ليست بلازمة فلم يعتبر الاختلاف فبقي مجرد
دعوى استحقاق الربح أما السلم فلازم فصار الأصل أن من خرج كلامه
تعنتاً فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة ووقع الاتفاق
على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وإن أنكر الصحة
قال ويجوز السلم في الثياب إذا سمى عرضاً وطولاً ورقعة لأنه أسلم
في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وإن كان ثوب حرير لا بد من بيان
وزنه أيضاً لأنه مقصود فيه فلا بد من البيان ولا يجوز السلم في الجواهر

وكذا في الجوز لان آحادها متفاوتة تفاوتاً فاحشاً وفي صغار اللؤلؤ التي
تباع وزناً يجوز السلم لانه مما يعلم بالوزن ولا بأس بالسلم في الآجر واللبن
اذا سمي ملبناً معلوماً لانه عددي متقارب لا سيما اذا سمي الملبن قال
وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة قدره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى
المنازعة وما لا ينضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه لانه
دين وبدون الوصف يبقى مجهولاً جهالة تفضي الى المنازعة ولا بأس بالسلم
في طست او قمقم او خفين ونحو ذلك اذا كان يعرف لاجتماع شرائط السلم
وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئاً
من ذلك من غير اجل جاز استحساناً بالاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس
لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح انه يجوز بيعاً لا عدة والمعدوم قد يعتبر
موجوداً حكماً والمعقود عليه العين دون العمل حتى لو جاء به مفروغاً
لا من صنعته او من صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا
باختياره حتى لو باعه الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله
هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء اخذه وان شاء تركه لانه اشترى
شيئاً لم يره ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره كذا ذكره في المبسوط وهو الاصح
وعن ابي حنيفة ان له الخيار ايضاً لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر
وهو قطع الصرم وغيره وعن ابي يوسف انه لا خيار لهما اما الصانع

فلما ذكرنا

فلما ذكرنا واما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضراراً بالصانع لانه
لا يشتريه غيره بمثله ولا يجوز فيما لا تعامل فيه كالثياب لعدم المجوز وفيما
فيه تعامل انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال
بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فيما فيه تعامل يصير سلماً عند ابي حنيفة خلافاً لهما
ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلماً بالاتفاق لهما ان اللفظ حقيقة
للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل
فيه لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة انه دين
يحتمل السلم وجواز السلم باجماع لا شبهة فيه وفي تعاملهم الاستصناع نوع
شبهة فكان الحمل على السلم اولى

مسائل منثورة

قال ويجوز بيع الكلب
والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف انه لا يجوز
بيع الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب
لقوله عليه السلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس
العين والنجاسة تشعر بهوان المحل وجواز البيع يشعر باعزازه فكان
منتفياً ولنا انه عم نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه
منتفع به حراسة واصطياداً فكان مالاً فيجوز بيعه بخلاف الهوام المؤذية
لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء قلعاً لهم عن الاقتناء ولا نسلم
نجاسة العين ولو سلم فيحرم التناول دون البيع ولا يجوز بيع الخمر والخنزير

لقوله عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال
في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات كالمسلمين لقوله عليه السلام
في ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم
مكلفون محتاجون كالمسلمين قال الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم
على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد المسلمين على
الشاة لانها اموال في اعتقادهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون
دل عليه قول عمر رضي الله عنه ولوهم بيعها وخذوا العشر من اثمانها ومن
قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن
سوى الالف فهو جائز ويأخذ الالف من المشتري والخمسمائة من الضامن
وان كان لم يقل من الثمن جاز البيع بالف ولا شيء على الضمين واصله ان
الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلتحق باصل العقد خلافا لزفر
والشافعي لانه تغيير العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو
كونه عدلا او خاسرا او رابحا ثم قد لا يستفيد المشتري بها شيئا بان زاد
في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطها على الاجنبي كبدل الخلع
لكن من شرطها المقابلة تسمية وصورة واذا قال من الثمن وجد شرطه
فيصح واذا لم يقل لم يوجد فلم يصح قال ومن اشترى جارية فلم يقبضها
حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك

في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار
فعله كفعله وان لم يطأها فليس بقبض والقياس ان يصير قابضا لانه
تعييب حكمي فيعتبر بالتعييب الحقيقي وجه الاستحسان ان في الحقيقي استيلاء
على المحل وبه يصير قابضا ولا كذلك الحكمي فافترقا قال ومن اشترى عبدا
فغاب ولم ينقد الثمن فاقام البائع البينة انه باعه اياه فان كانت غيبته
معروفة لم يبع في دين البائع لانه يمكن ايصال البائع الى حقه بدون البيع
وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدر اين هو بيع العبد واوفي الثمن
لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا
بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات والمشتري
اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض لان حقه لم يبق
متعلقا به ثم ان فضل شيء يمسك للمشتري لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو
ايضا فان كان المشتري اثنين فغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن
كله ويقبضه فاذا حضر الآخر لم يقبض نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن كله
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا دفع الحاضر الثمن كله لم يقبض
الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى دين غيره بغير
امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه ولهما
انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع الثمن لان البيع

صفقة واحدة وله حق الحبس اذا نقد من ماله والمضطر يرجع كمعير الرهن
واذا كان له ان يرجع عليه كان له ان يحبسه عنه الى ان يستوفي حقه كالوكيل
بالشرا اذا قضى الثمن من ماله قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب
وفضة فهما نصفان لانه اضاف المثقال اليهما على السوآء فيجب من كل واحد
منهما خمسمايه مثقال لعدم الاولوية وبمثله لو اشترى جارية بالف من
الذهب والفضة يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم وزن
سبعة لانه اضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد
منهما قال ومن له على آخر عشرة دراهم جياد فقضاها زيوفا وهو لا يعلم
فانفقها او هلكت فهو قضآء عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يرد
مثل زيوفه ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل ولا
يمكن رعايته بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب
المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال
جاز فيقع به الاستيفآء ولا يبقى حقه الا في الجودة ولا يمكن تداركها بايجاب
ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب له عليه ولا نظير له
قال واذا افرخ طير في ارض رجل فهو لمن اخذه وكذا اذا باض فيها
وكذا اذا تكنس فيها ظبي لانه مباح سبقت يده اليه ولانه صيد وان كان
يؤخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا البيض اصل الصيد ولهذا يجب

الجزآء على المحرم بكسره او شيه وصاحب الارض لم يعد ارضه لذلك وصار
كنصب شبكة للجفاف وكذا اذا دخل الصيد داره او وقع ما نثر من السكر
والدراهم في ثيابه ما لم يكفه او كان مستعدا له بخلاف ما اذا عسل النحل
في ارضه لانه عد من انزاله فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب
المجتمع في ارضه بجريان المآء

كتاب الصرف

الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من عوضيه من جنس الاثمان سمي به
للحاجة الى النقل في بدليه من يد الى يد والصرف هو النقل والرد لغة
او لانه لا يطلب منه الا الزيادة اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة
لغة كذا قاله الخليل ومنه سميت العبادة النافلة صرفا قال وان باع
فضة بفضة او ذهبا بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وان اختلفا في الجودة
والصياغة لقوله عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد و
الفضل ربوا وقال جيدها ورديها سوآء وقد ذكرناه في البيع قال ولا بد
من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضه وان استنظرك
ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض احدهما ليخرج العقد
عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الاخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا
او لان احدهما ليس باولى فوجب قبضهما سوآء كانا يتعينان كالمصوغ
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الاخر لاطلاق ما روينا

في المعاوضات وفسوخها كافي

ولانه ان كان يتعين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط
قبضه اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا
يمشيان معا في جهة واحدة او ناما في المجلس او اغمي عليهما لا يبطل الصرف
لقول ابن عمر وان وثب من سطح فثب معه وكذا المعتبر ما ذكرناه في قبض
راس المال في السلم بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض وان باع الذهب
بالفضة جاز التفاضل لعدم المجانسة ووجب التقابض لقوله عم الذهب
بالورق ربوا الا ها وها فان افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما
بطل العقد لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل
لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا وبالثاني يفوت القبض المستحق
الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة دراهم
ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد لان القبض مستحق
بالعقد حقا لله وفي تجويزه فواته وكان ينبغي ان يجوز العقد في الثوب
كما نقل عن زفر لان الدراهم لا يتعين فينصرف العقد الى مطلقها ولكنا
نقول الثمن في باب الصرف مبيع لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى
الثمنين فيجعل كل واحد منهما مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض
لا يجوز وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه ويجوز

بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه ولكن يشترط
القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة وفي عنقها طوق
فضة فيه الف مثقال بالفي مثقال فضة ونقد من الثمن الف مثقال ثم
افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق واجب في المجلس
لكونه بدل الصرف والظاهر منه الاتيان بالواجب وكذا لو اشتراها
بالفي مثقال الف نسيئة والف نقدا فالنقد ثمن الطوق لان الاجل باطل
في الصرف جائز في بيع الجارية والمباشرة على وجه الحق هو الظاهر منهما
وكذلك ان باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته خمسون ودفع من ثمنه خمسين
جاز البيع وكان المقبوض حصة الفضة وان لم يبين ذلك لما بينا وكذلك اذا
قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لان الاثنين قد يراد بذكرهما الواحد قال الله تعالى
يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد احدهما فيحمل عليه لظاهر حاله فان لم
يتقابضا حتى افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف فيه وكذا في السيف ان كان
لا يتخلص الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده
بالبيع كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل
في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية وهذا اذا كانت الفضة
المفردة ازيد مما فيه فان كانت مثله او اقل منه او لا يدرى لا يجوز البيع للربوا

او لاحيال وجه الفساد من وجهين فتريجح قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا وقد قبض بعض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض وكان الاناء مشتركا بينهما لانه صرف كله فصح فيما وجد شرطه وبطل فيما لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة في الاناء عيب وان باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها اخذ ما بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه وقال زفر والشافعي لا يجوز وعلى هذا اذا باع كر شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز وان كان فيه تصحيح العقد كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة لا يجوز في المشترى بالالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض فسد العقد في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى الثوب

لما ذكرنا

لما ذكرنا لنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد كما في الجنس بالجنس وانه طريق متعين لتصحيحه فيحمل عليه تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه الاصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف مسألة المرابحة لانه يصير تولية في القلب بصرف الربح كله الى الثوب والطريق في المسألة الثانية غير متعين لانه يمكن صرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين ضده وفي الاخيرة العقد انعقد صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع ويكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم لان شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر انه اراد به ذلك فبقي الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي فيهما ولو تبايعا فضة بفضة او ذهبا بذهب ومع اقلهما شيء آخر تبلغ قيمته باقي الفضة جاز البيع من غير كراهة وان لم تبلغ فمع الكراهة وان لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع لتحقق الربا اذ الزيادة لا يقابلها عوض ومن كان له على آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة اذا باع بعشرة مطلقة ووجهه انه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض لما ذكرنا



والتبر ليس بصفة فلا يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة فاذا
تقاصا بنقض ذلك فسخ الاول والاضافة الى التبر اذ لولا ذلك يكون استبدالا
ببدل الصرف وفي الاضافة الى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما بيناه
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما اذا تبايعا بالف ثم بالف وخمسمائة
وزفر يخالفنا فيه لانه لا يقول بالاقتضاء وهذا اذا كان الدين سابقا فان كان
لاحقا فكذلك في اصح الروايتين لتضمنه انفساخ الاول والاضافة الى دين
قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين
غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه
التجار ووجهه تحقق المساواة في الوزن وما عرف من سقوط اعتبار الجودة
قال واذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم واذا كان الغالب على
الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيهما من تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد
حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا في الوزن وكذا
لا يجوز الاستقراض بها الا وزنا لان النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لانها
لا تنطبع الا مع الغش وقد يكون الغش خلقيا كما في الرديء منه فيلحق القليل
بالرداءة والجيد والرديء فيه سواء وان كان الغالب عليهما الغش فليسا
في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فان اشترى بها فضة خالصة فهو
على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وان بيعت بجنسها متفاضلا جاز صرفا

للجنس

للجنس الى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة وصفر ولكنه صرف حتى يشترط
القبض في المجلس لوجود الفضة من الجانبين واذا شرط القبض في الفضة
يشترط في الصفر لانه لا يتميز عنه الا بضرر قال رضي الله عنه ومشايخنا رحمهم الله
لم يفتوا بجواز ذلك في العدالي والغطارفة لانها اعز الاموال في ديارنا
فلو ابيح التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم لو كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيها بالوزن وان كانت تروج بالعد فبالعد وان كانت
تروج بهما فبكل واحد منهما لان المعتبر هو المعتاد فيها اذا لم يكن نص ثم
هي ما دامت تروج تكون اثمانا لا تتعين بالتعيين واذا كانت لا تروج
فهي سلعة تتعين بالتعيين ولو كانت يتقبلها البعض دون البعض فهي
كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا ان كان البائع يعلم
بحالها لتحقق الرضا منه وبجنسها من الجياد ان كان لا يعلم لعدم الرضا
منه واذا اشترى بها سلعة فكسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس
بها لهما ان العقد قد صح الا انه تعذر التسليم بالكساد وانه لا يوجب الفساد
كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد وجبت القيمة لكن عند ابي يوسف
وقت البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان الانتقال
الى القيمة ولابي حنيفة ان الثمن هلك بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي

فيبقى بيعا بلا ثمن فيبطل واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته
ان كان هالكا كما في البيع الفاسد قال ويجوز البيع بالفلوس لانه مال
معلوم فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها
واذا باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير ما ذكرناه
ولو استقرض فلوسا ثم كسدت عند ابي حنيفة يجب عليه مثلها لانه اعارة
وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذ القرض لا يختص به وعندهما
يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر ردها كما قبض فيجب رد قيمتها
كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند ابي يوسف يوم القبض وعند محمد يوم
الكساد على ما مر من قبل واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع وقول
محمد انظر وقول ابي يوسف ايسر قال ومن اشترى شيئا بنصف درهم
فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس
او بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس
وانها تقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ونحن
نقول ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس
والكلام فيه فاغنى عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس
فكذلك عند ابي يوسف لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن

الدرهم من الفلوس وعن محمد انه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم
لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما
بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح سيما في ديارنا
قال ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا
الا حبة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما لان بيع نصف درهم
بالفلوس جائز وبيع النصف بنصف الا حبة ربوا فلا يجوز وعلى قياس
قول ابي حنيفة بطل في الكل لان الصفقة متحدة والفساد قوي فيشيع
وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان
ولو قال اعطني نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة جاز لانه قابل الدرهم
بما يباع من الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الا حبة فيكون نصف
درهم الا حبة بمثله والباقي بازاء الفلوس قال رضي الله عنه وفي اكثر نسخ
المختصر ذكر المسئلة الثانية

كتاب الكفالة

الكفالة هي الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا ثم قيل هي ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وقيل في الدين والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة
بالنفس وكفالة بالمال فالكفالة بالنفس جائزة والمضمون بها احضار
المكفول به وقال الشافعي لا يجوز لانه كفل بما لا يقدر على تسليمه اذ لا قدرة
له على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لان له ولاية على مال نفسه

لنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة بنوعيه
ولانه يقدر على تسليمه بطريقه بان يعلم الطالب مكانه فيخلي بينه وبينه
او يستعين باعوان القاضي والحاجة ماسة اليه وقد امكن تحقيق معنى
الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه قال وتنعقد اذا قال تكفلت
بنفس فلان او برقبته او بروحه او بجسده او براسه وكذا ببدنه
وبوجهه لان هذه الالفاظ يعبر بها عن البدن اما حقيقة او عرفا
على ما مر في الطلاق وكذا اذا قال بنصفه او بثلثه او بجزء منه لان النفس
الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر كلها
بخلاف ما اذا قال تكفلت بيد فلان او برجله لانه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا يصح اضافة الطلاق اليهما وفيما تقدم يصح وكذا اذا قال ضمنته
لانه تصريح بموجبه او قال علي لانه صيغة الالتزام او قال الي لانه
في معنى علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا
او عيالا فالي وكذا اذا قال انا زعيم به او قبيل لان الزعامة هي الكفالة
وقد رويناه والقبيل هو الكفيل ولهذا سمي الصك قبالة بخلاف ما
اذا قال انا ضامن لمعرفته لانه التزم المعرفة دون المطالبة وعلى
هذا لو قال بالفارسية آشنا بي وي بر من لا يكون كفيلا ولو قال وي
آشنا ست قالوا يكون كفيلا للعرف قال فان شرط في الكفالة تسليم المكفول به

في وقت بعينه لزمه احضاره اذا طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزمه
وان احضره والا حبسه الحاكم لامتناعه عن ايفاء حق مستحق لكن
لا يحبسه اول مرة لعله ما درى لماذا يدعى ولو غاب المكفول بنفسه
امهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه فان مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق
امتناعه عن ايفاء الحق قال واذا احضره وسلمه في مكان يقدر المكفول له
ان يخاصمه مثل ان يكون في مصر برئ الكفيل من الكفالة لانه اتى بما التزمه
وحصل المقصود وهذا لانه ما التزم التسليم الا مرة واذا كفل على ان يسلمه
في مجلس القاضي فسلمه في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا
لا يبرأ لان الظاهر المعاونة على الامتناع لا على الاحضار فكان التقييد
مفيدا وان سلمه في برية لم يبرأ لانه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل
المقصود وكذا اذا سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم
في مصر آخر غير المصر الذي كفل فيه برئ عند ابي حنيفة رح للقدرة على المخاصمة
فيه وعندهما لا يبرأ لانه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في السجن
وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لانه لا يقدر على المحاكمة فيه واذا مات المكفول به
برئ الكفيل بالنفس من الكفالة لانه عجز عن احضاره ولانه سقط الحضور
عن الاصيل فيسقط الاحضار عن الكفيل وكذا اذا مات الكفيل لانه لم يبق
قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح لايفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال

وَلو مات المكفول له فللوصي ان يطالب الكفيل فان لم يكن فللوارثه
لقيامه مقام الميت قال ومن كفل بنفس آخر ولم يقل اذا دفعت اليك
فانا برئ فدفعه اليه فهو برئ لانه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص
عليه ولا يشترط قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين وَلو سلم المكفول به
نفسه من كفالته صح لانه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا
اذا سلمه اليه وكيل الكفيل او رسوله لقيامهما مقامه فان تكفل بنفسه
على انه ان لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم يحضره
الى ذلك الوقت لزمه ضمان المال لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم
الموافاة وهذا التعليق صحيح فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن
الكفالة بالنفس لان وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه
اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي لا تصح هذه الكفالة لانه تعليق
سبب وجوب المال بالخطر فاشبه البيع ولنا انه يشبه البيع ويشبه النذر
من حيث انه التزام فقلنا لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح و
نحوه ويصح بشرط متعارف عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة
متعارف ومن كفل بنفس رجل وقال ان لم يواف به غدا فعليه المال
فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة
قال ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى تكفل بنفسه

رجل على انه ان لم يواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة
عند ابي حنيفة وابي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها حتى تكفل
رجل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه لانه علقه مالا مطلقا بخطر
الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه ولا تصح الكفالة على هذا الوجه وان بينها
ولانه لم تصح الدعوى من غير بيان فلا يجب احضار النفس واذا لم يجب
لا تصح الكفالة بالنفس فلم تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين ولهما
ان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما عليه والعادة جرت بالاجمال في
الدعاوى فتصح الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين التحق باصل الدعوى
فتبين صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة
بالنفس في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة معناه لا يجبر عليها عنده وقالا
يجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه خالص حق
العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة قوله عم لا كفالة في
حد من غير فصل ولان مبنى الكل على الدرء فلا يجب فيه الاستيثاق بخلاف
سائر الحقوق لانها لا تندرئ بالشبهات فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير
وَلو سمحت نفسه به يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه
لان تسليم النفس واجب فيها فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال
وَلا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل يعرفه القاضي

لان الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة اما العدد
او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه فلا يثبت
الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي ان على قولهما لا يحبس في الحدود و
القصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة قال والرهن و
الكفالة جائزان في الخراج لانه دين مطالب به ممكن الاستيفاء فيمكن
ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه ثم
ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان لان موجبه التزام المطالبة وهي
متعددة والمقصود التوثق وبالثانية يزداد التوثق فلا يتنافيان قال واما
الكفالة بالمال فجائزة معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان دينا صحيحا
مثل ان يقول تكفلت عنه بالف او بما لك عليه او بما يدركك في هذا البيع لان
مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة وعلى الكفالة بالدرك اجماع وكفى
به حجة وصار كما اذا كفل لشجة صحت الكفالة وان احتمل السراية والاقتصار
وشرط ان يكون دينا صحيحا ومراده ان لا يكون بدل الكتابة وسيأتيك
ان شاء الله تعالى قال والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي عليه الاصل
وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وذلك
يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة
اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب

احدهما له ان يطالب الآخر وله ان يطالبهما لان مقتضاه الضم بخلاف
المالك اذا اختار احد الغاصبين لان اختياره احدهما يتضمن التمليك منه
فلا يمكنه التمليك من الثاني اما المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك فوضح
الفرق قال ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل ان يقول ما بايعت فلانا
فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فعلي والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به
حمل بعير وانا به زعيم والاجماع منعقد على صحة ضمان الدرك ثم الاصل انه يصح
تعليقه بشرط ملائم له مثل ان يكون شرطا لوجوب الحق كقوله اذا استحق المبيع
او لامكان الاستيفاء مثل قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه او لتعذر الاستيفاء
مثل قوله اذا غاب عن البلدة وما ذكر من الشروط في معنى ما ذكرناه فاما
لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله ان هبت الريح او جاء المطر وكذا اذا جعل
واحد منهما اجلا الا انه يصح الكفالة ويجب المال حالا لان الكفالة لما صح تعليقها
بالشرط لا يبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فان قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت
معاينة فيتحقق ما عليه فيصح الضمان به وان لم تقم البينة فالقول قول الكفيل
مع يمينه في مقدار ما يعترف به لانه منكر للزيادة فان اعترف المكفول عنه باكثر
من ذلك لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير ولا ولاية له عليه ويصدق في
حق نفسه لولايته عليها قال ويجوز الكفالة بامر المكفول عنه وبغير امره

لا طلاق وما يرى بناؤه لانه التزم المطالبة وهو تصرف في حق نفسه وفيه
نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع اذ هو عند امره وقد
رضي به فان كفل بامره رجع بما ادى عليه لانه قضى دينه بامره وان كفل بغير
امره لم يرجع بما يؤديه لانه متبرع بادائه وقوله رجع بما ادى معناه اذا ادى
ما ضمنه اما اذا ادى خلافه رجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة
الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكما اذا ملك المحتال عليه بما ذكرنا في
الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى
يملك الدين بالاداء وبخلاف ما اذا صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة
لانه اسقاط فصار كما اذا ابرأ الكفيل قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه
بالمال قبل ان يؤدي عنه لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث
يرجع قبل الاداء لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له
ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه لانه لحقه
ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه او استوفى
منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان الدين عليه في الصحيح
وان ابرأ الكفيل لم يبرأ الاصيل لان عليه المطالبة وبقاء الدين على الاصيل
بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله و
لو اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن الذي عليه الدين لان التاخير ابراء موقت

فيعتبر

فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه
يتاجل عن الاصيل لانه لا حق له الا الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل
داخلا فيه اما ههنا بخلافه فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة
فقد برئ الكفيل والذي عليه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الدين وهو
على الاصيل فبرئ عن خمسمائة وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برئا جميعا عن
خمسمائة باداء الكفيل ويرجع على الاصيل بخمسمائة ان كانت الكفالة بامره
بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع الالف وان
كان صالحه عما استوجب بالكفالة لا يبرأ الاصيل لان هذا ابراء الكفيل عن
المطالبة قال ومن قال لكفيل ضمن له مالا قد برئت الي من المال رجع
الكفيل على المكفول عنه معناه ضمن له بامره لان البراءة التي ابتداؤها من
المطلوب وانتهاؤها الى الطالب لا يكون الا بالايفاء فيرجع قال وان قال
ابرأتك لم يرجع على المكفول عنه لانه براءة لا تنتهي الى غيره وذلك بالاسقاط
فلم يكن اقرارا بالايفاء ولو قال برئت قال محمد هو مثل الثاني لانه يحتمل
البراءة بالاداء او بالابراء فيثبت الادنى ولا يرجع الكفيل بالشك وقال ابو يوسف
هو مثل الاول لانه اقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب واليه الايفاء
دون الابراء وقيل في جميع ما ذكرنا اذا كان الطالب حاضرا يرجع في البيان
اليه لانه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط

لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراآت وبعكسه يصح لان عليه المطالبة
دون الدين في الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق ولهذا لا يرتد الابراء
عن الكفيل بالرد بخلاف ابراء الاصيل وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل
لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه
لانه يتعذر ايجابه عليه وهذا لان العقوبة لا تجري فيها النيابة واذا
تكفل عن المشتري بالثمن جاز لانه دين كسائر الديون وان تكفل عن البائع
بالمبيع لم تصح لانه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة بالاعيان المضمونة
وان كانت تصح عندنا خلافا للشافعي لكن بالاعيان المضمونة بنفسها كالمبيع بيعا
فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب لا بما كان مضمونا بغيره كالمبيع و
المرهون ولا بما كان امانة كالوديعة والمستعار والمستاجر ومال المضاربة
والشركة ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض او بتسليم الرهن بعد القبض الى الراهن
او بتسليم المستاجر الى المستاجر جاز لانه التزم فعلا واجبا ومن استاجر دابة
للحمل عليها فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لانه عاجز عنه وان كانت بغير
عينها جازت الكفالة لانه يمكنه الحمل على دابة نفسه والحمل هو المستحق وكذا
من استاجر عبدا للخدمة فكفل له رجل بخدمته فهو باطل لما بينا قال ولا تصح
الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
رحمه الله تعالى يجوز اذا بلغه فاجاز ولم يشترط في بعض النسخ الاجازة

والخلاف

والخلاف في الكفالة بالنفس والمال جميعا له انه تصرف التزام فيستبد به
الملتزم وهذا وجه من الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرناه في الفضولي في
النكاح ولهما ان فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بهما جميعا
والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الا في مسئلة واحدة وهي
ان يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء جاز
لان ذلك وصية في الحقيقة ولهذا تصح وان لم يسم المكفول لهم ولهذا قالوا
انما تصح اذا كان له مال وقيل انه قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته
وفيه نفع الطالب كما اذا حضر بنفسه وانما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول
لانه يراد به التحقيق دون المساومة ظاهرا في هذه الحالة فصار كالامر بالنكاح
ولو قال المريض ذلك لاجنبي اختلف المشايخ فيه قال واذا مات الرجل وعليه
ديون ولم يترك شيئا فتكفل رجل عنه للغرماء لم تصح عند ابي حنيفة وقالا تصح لانه
كفل بدين ثابت لانه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى في حق احكام
الاخرة ولو تبرع به انسان يصح وكذا يبقى اذا كان به كفيل او له مال وله انه
كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة ولهذا يوصف بالوجوب لكنه
في الحكم مال لانه يؤول اليه في المآل وقد عجز بنفسه وبخلفه ففات عاقبة
الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد قيام الدين واذا كان به كفيل
او له مال فخلفه او الافضاء الى الاداء باق قال ومن كفل عن رجل بالف عليه

بامره فقضاه الالف قبل ان يعطيه صاحب المال فليس له ان يرجع فيها لانه تعلق
به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال
كمن عجل زكوته ودفعها الى الساعي ولانه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما اذا
كان الدفع على وجه الرسالة لانه تمحض امانة في يده وان ربح الكفيل فيه فهو له لا
يتصدق به لانه ملكه حين قبضه اما اذا قضى الدين فظاهر وكذا اذا قضى المطلوب
بنفسه وثبت له حق الاسترداد لانه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب
عليه الا انه اخرت المطالبة الى وقت الاداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا
لو ابرا الكفيل المطلوب قبل ادائه يصح فكذا اذا قبضه يملكه الا ان فيه نوع خبث
نبينه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو كانت الكفالة
بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا انه ملكه قال رضي الله عنه واحب
الي ان يرده على الذي قضاه الكر ولا يجبر عليه في الحكم وهذا عند ابي حنيفة في رواية
الجامع الصغير وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يرده على الذي قضاه وهو رواية
عنه وعنه انه يتصدق به لهما انه ربح في ملكه على الوجه الذي بيناه فيسلم له وله
انه تمكن الخبث مع الملك اما لانه بسبيل من الاسترداد بان يقضيه بنفسه
او لانه رضي به على اعتبار قضاء الكفيل فاذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به
وهذا الخبث يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه
في رواية لان الخبث لحقه وهذا اصح لكنه استحباب لا جبر لان الحق له قال

ومن كفل عن رجل بالف بامره فامره الاصيل ان يتعين عليه حريرا ففعل
فالشرى للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الامر ببيع العينة
مثل ان يستقرض من تاجر عشرة فيتابى عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة
بخمسة عشر مثلا رغبة في نيل الزيادة ليبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة سمي
بها لما فيه من الاعراض عن الدين الى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن
مبرة الاقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري نظرا
الى قوله علي وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لان الحرير
غير متعين وكذا الثمن غير متعين لجهالة ما زاد على الدين وكيفما كان فالمشتري
للمشتري وهو الكفيل والربح اي الزيادة عليه لانه العاقد قال
ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه او بما قضي له عليه فغاب المكفول
عنه فاقام المدعي البينة على الكفيل ان له على المكفول عنه الف
درهم لم تقبل لان المكفول به مال مقضي به وهذا في لفظة القضاء
ظاهر وكذا في الاخرى لان معنى ذاب تقرر وهو بالقضاء او مال يقضى به
وهذا ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاك والدعوى مطلق
عن ذلك فلا تصح ومن اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفيل
عنه بامره فانه يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه وان كانت الكفالة
بغير امره يقضى به على الكفيل خاصة وانما تقبل لان المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم

وانما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بغير امر تبرع ابتداء و
معاوضة انتهاء وبغير امر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه احدهما لا يقضى له
بالآخر واذا قضي بها بالامر ثبت امره وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير
مقضيا عليه والكفالة بغير امر لا تمس جانبه لانه تعتمد صحتها قيام الدين في
زعم الكفيل فلا يتعدى اليه وفي الكفالة بامر يرجع الكفيل بما ادى على الآمر
وقال زفر لا يرجع لانه لما انكر فقد ظلم في زعمه فلا يظلم غيره ونحن نقول
صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه ومن باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك
فهو تسليم لان الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى
يسعى في نقض ما تم من جهته وان لم يكن مشروطا فيه فالمراد بها احكام البيع
وترغيب المشتري فيه اذ لا يرغب دون الكفالة فنزل منزلة الاقرار بملك البائع

قال ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة
لا يكون مشروطة في البيع ولا هي باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك
وتارة من غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا
اذا كتب في الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك
فهو تسليم الا اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضارب ضمن ثمن
متاع فالضمان باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد

منهما ضامنا لنفسه ولان المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد
عليه كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة
وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير
ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يودي الى قسمة الدين قبل قبضه ولا
يجوز ذلك بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا ترى ان للمشتري ان يقبل
نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل ومن ضمن عن آخر
خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرناه وهو يخالف الزكوة
لانها مجرد فعل ولهذا لا تودى بعد موته من تركته الا بوصية واما النوائب
فان اريد بها ما يكون بحق ككرى الانهار المشتركة واجر الحارس والموظف
لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان
اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ وممن يميل
الى الصحة الامام علي البزدوي واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
او حصة منها والرواية باو وقيل هي النائبة الموظفة الراتبة والمراد
بالنوائب ما ينوبه غير راتب والحكم ما بيناه ومن قال لآخر لك علي مائة
الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان
مائة الى شهر وقال المقر له هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق
ان المقر اقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة

ما اقر بالدين لانه لا دين عليه في الصحيح وانما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر
ولان الاجل في الديون عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر
الشرط كما في الخيار اما الاجل في الكفالة نوع منه يثبت من غير شرط بان كان
مؤجلا على الاصيل والشافعي الحق الثاني بالاول وابو يوسف فيما يروى عنه
الحق الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل
بالدرك فاستحقت لم ياخذ الكفيل حتى يقضى له على البائع لانه بمجرد الاستحقاق
لا ينتقض البيع على ظاهر الرواية ما لم يقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل
رد الثمن فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم
المحلية فيرجع على البائع والكفيل وعن ابي يوسف انه يبطل وهو قولهما وابن زياد
في ترتيب الاصل ومن اشترى عبدا وضمن له بالعهدة رجل فالضمان
باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد تقع على الصك القديم وهو ملك البائع
فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار
ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق
عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة لانه عبارة عن تخليص المبيع
وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم
المبيع او قيمته فصح

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا
عبدا بالف وكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على
شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما في
النصف اصيل وفي النصف الاخر كفيل ولا معارضة بين ما عليه بحق الاصالة وبحق
الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع للاول فيقع عن الاول
وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في النصف عن صاحبه
فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كادائه فيؤدي الى الدور واذا كفل
رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما
رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى المسئلة في الصحيح ان تكون الكفالة
بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة متعددة فتجتمع الكفالتان
على ما مر وموجبها التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل كما تصح عن
الاصيل وكما تصح الحوالة من المحال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما وقع
شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع
على شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع
احدهما بنصف ما ادى فلا ينتقض برجوع الاخر عليه بخلاف ما تقدم ثم يرجعان
على الاصيل لانهما ادّيا عنه احدهما بنفسه والاخر بنائبه وان شاء رجع بالجميع
على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا ابرأ رب المال احدهما اخذ
الاخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والاخر

كفيل بكله على ما بينا فله ان ياخذ به قال وإذا افترق المتفاوضان فلأصحاب
الديون ان ياخذوا ايهما شاؤوا بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر من
الوجهين في كفالة الرجلين قال وإذا كوتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد
منهما كفيل عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا
العقد جائز استحسانا وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب المال
عليه فيكون عتقهما معلقا بادائه ويجعل كفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في
المكاتب ان شاء الله تعالى وإذا عرف ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه
لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة قال فلو لم يؤديا شيئا حتى اعتق
المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ عن النصف لانه ما رضي بالتزام
المال الا ليكون المال وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة فيسقط ويبقى النصف على الآخر
لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا
لتصحيح الضمان فاذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما فلهذا
بنصف وللمولى ان ياخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة و
صاحبه بالاصالة فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤدي
عنه بامره وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه

باب كفالة العبد وعنه

ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم حالا ولا غيره فهو حال
لان المال حال عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب لعسرته اذ
جميع ما في يده ملك المولى ولم يرض بتعلقه به والكفيل غير معسر فصار كما اذا
كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل لانه متأخر بمؤخر ثم اذا ادى
رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد العتق فكذا الكفيل لقيامه
مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد برئ
الكفيل لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان ادعى رقبة العبد فكفل
به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته لان على
المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة
واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف الاولى قال واذا كفل العبد عن مولاه
بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما
على صاحبه وقال زفر يرجع ومعنى المسألة في الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين
حتى تصح كفالته بالمال عن المولى اذا كان بامره واما كفالته عن العبد فتصح على
كل حال له انه تحقق الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع وهو الرق
قد زال ولنا انها وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده
دينا وكذا العبد على مولاه فلا تنقلب موجبة ابدا كمن كفل عن غيره بغير امره ثم بلغه
فاجازه قال ولا يجوز الكفالة بمال الكتابة حر تكفل به او عبد لانه دين غير مستقر ثبوته

مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه لو عجّز نفسه سقط ولا يمكن
اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل واثباته مطلقا ينافي معنى الضم لان من شرطه
الاتحاد وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة لانه كالمكاتب عنده

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون
قال عليه السلام من احيل على ملي فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح
كالكفالة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل والتحويل
في الدين لا في العين قال وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال
فلان الدين حقه وهو الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه
واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل
فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات لان التزام الدين من المحتال عليه
تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه لا يرجع عليه اذا لم
يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال زفر
لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة
للنقل لغة ومنه حوالة الغراس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى
فيها اما الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية
والتوثق فيه باختيار الاملأ والاحسن في القضاء وانما يجبر على القبول اذا
نقد المحيل لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولا يرجع

المحتال على المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي لا يرجع وان توى
لان البراءة قد حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة
بسلامة حقه له اذ هو المقصود او تنفسخ الحوالة لفواته لانها تحتمل
الفسخ فصار كوصف السلامة في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة احد
امرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة له عليه او يموت مفلسا
لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو التوى في الحقيقة و
قالا هذان ووجه ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حياته
وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان
مال الله غاد ورائح قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمال الحوالة
فقال المحيل احلت بدين لي عليك لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان
سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا ان المحيل يدعي عليه
دينا وهو منكر والقول قول المنكر ولا تكون الحوالة اقرارا بالدين
عليه لانها قد تكون بدونه واذا طالب المحيل المحتال بما احاله به فقال
انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك
فالقول قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو منكر ولفظ الحوالة
مستعملة في الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا
الف درهم واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ لانه

لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب
لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا و
حكم المقيدة في هذه الجملة ان لا يملك المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق
المحتال على مثال الرهن وان كان اسوة للغرماء بعد موت المحيل وهذا
لانه لو بقي له مطالبة به فياخذه منه لبطلت الحوالة وهي حق المحتال
بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه به بل بذمته فلا تبطل الحوالة باخذ ما عليه
او عنده قال ويكره السفاتج وهي قرض استفاد به المقرض سقوط خطر
الطريق وهذا نوع نفع استفيد به وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قرض
جر نفعا

كتاب ادب القاضي

لا يصح ولاية القاضي حتى يجتمع في المولى شرائط الشهادة ويكون من اهل الاجتهاد
اما الاول فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة لان كل واحد منهما
من باب الولاية فكل من كان اهلا للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط
لاهلية الشهادة يشترط لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد
يصح الا انه لا ينبغي ان يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي
شهادته ولو قبل جاز عندنا ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره
لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو ظاهر المذهب وعليه مشايخنا وقال
الشافعي الفاسق لا يجوز قضاؤه كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة

في النوادر انه لا يجوز قضاؤه وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء
يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد عدالته فلم
يكن راضيا بدونها وهل يصلح مفتيا قيل لا لانه من امور الدين وقيل يصلح
لانه يجتهد حذار النسبة الى الخطأ واما الثاني فالصحيح ان اهليته
الاجتهاد شرط الاولوية واما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي
وهو يقول ان الامر بالقضاء يستدعي القدرة عليه ولا قدرة بدون العلم
ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال
الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام
من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو اولى منه فقد خان الله ورسوله
وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد كلام عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون
صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معاني الآثار او صاحب فقه له معرفة
بالحديث لئلا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه وقيل ان يكون صاحب
قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما يبتنى عليها قال
ولا باس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان الصحابة
تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف قال ويكره
الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يامن على نفسه الحيف فيه كيلا يصير
شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا لقوله عليه السلام من جعل

على القضاء فكانما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول فيه رخصة طمعا في
اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق او لا يعينه عليه غيره
ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء دون غيره فحينئذ يفترض
عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد قال وينبغي
ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عليه السلام من طلب القضاء وكل الى نفسه
ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم
ومن اجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر
كما يجوز من العادل لان الصحابة تقلدوه من معاوية والحق كان بيد علي
في نوبته والتابعون تقلدوه من الحجاج وكان جائرا الا اذا كان لا يمكنه
من القضاء بحق لان المقصود لا يحصل بالتقلد بخلاف ما اذا كان يمكنه قال
ومن تقلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الخرائط التي فيها
السجلات وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فيجعل في يد
من له ولاية القضاء ثم ان كان البياض من بيت المال فظاهر وكذا اذا كان
من مال الخصوم في الصحيح لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى
وكذا اذا كان من مال القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا
ويبعث امينين ليقبضاها بحضرة المعزول او امينه ويسألانه
شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة كيلا يشتبه على المولى وهذا

السؤال للكشف لا للالزام قال وينظر في حال المحبوسين لانه نصب ناظرا
فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر لم يقبل قول المعزول
عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد ليست بمقبولة
لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم بينة لم يعجل بتخليته حتى ينادي عليه
وينظر في امره لان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي الى
ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما يقوم
به البينة او يعترف به من هو في يده لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا
ان يعترف الذي هو في يده ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه ثبت
باقراره ان اليد كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ
بالاقرار لغيره فيسلم الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا
ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد
الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي يكره الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره
المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهي ممنوعة عن دخوله ولنا قوله عليه السلام
انما بنيت المساجد لذكر الله والحكم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يفصل الخصومة
في معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات
ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في
اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع من دخوله والحائض تخبر بحالها فيخرج القاضي

إليهما أو إلى باب المسجد أو يبعث من يفصل بينهما وبين خصمهما كما إذا كانت الخصومة في الدابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس بالدخول فيها ويجلس معه من كان يجلس قبل ذلك لأن في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل هدية إلا من ذي رحم محرم أو ممن جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لأن الأول صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك يصير آكلا بقضائه حتى لو كانت للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا إذا زاد المهدي على المعتاد أو كانت له خصومة لأنه لأجل القضاء فيتحاماه ولا يحضر دعوة إلا أن تكون عامة لأن الخاصة لأجل القضاء فيتهم بالإجابة بخلاف العامة ويدخل في هذا الجواب قريبه وهو قولهما وعن محمد أنه يجيبه وإن كانت خاصة كالهدية والخاصة ما لو علم المضيف أن القاضي لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لأن ذلك من حقوق المسلم قال عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها هذين ولا يضيف أحد الخصمين دون خصمه لأنه عليه السلام نهى عن ذلك ولأن فيه تهمة قال وإذا حضرا سوى بينهما في الجلوس والإقبال لقوله عليه السلام إذا ابتلي أحدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والإشارة والنظر ولا يسار أحدهما ولا يشير إليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولأن فيه مكسرة لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه أحدهما لأنه يجترئ على خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهما لأنه يذهب بمهابة القضاء قال ويكره تلقين

الشاهد

الشاهد ومعناه أن يقول له أتشهد بكذا وكذا وهذا لأنه إعانة لأحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه أبو يوسف في غير موضع التهمة لأن الشاهد قد يحصر لمهابة المجلس فكان تلقينه إحياء للحقوق بمنزلة الإشخاص والتكفيل

فصل في الحبس

وإذا ثبت الحق عند القاضي وطالب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لأن الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا إذا ثبت الحق بإقراره لأنه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الإمهال فلم يستصحب المال فإذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله أما إذا ثبت بالبينة حبسه كما ثبت لظهور المطل بإنكاره قال فإذا امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة لأنه إذا حصل المال في يده ثبت غناه به وإقدامه على التزامه باختياره دليل يساره إذ هو لا يلتزم إلا ما يقدر على أدائه والمراد بالمهر المعجل دون المؤجل قال ولا يحبسه فيما سوى ذلك إذا قال إني فقير إلا أن يثبت غريمه أن له مالا فيحبسه لأنه لم توجد دلالة اليسار فيكون القول قول من عليه وعلى المدعي إثبات غناه ويروى أن القول لمن عليه في جميع ذلك لأن الأصل هو العسرة ويروى أن القول له إلا فيما بدله مال وفي النفقة القول قول الزوج إنه معسر وفي إعتاق العبد المشترك القول للمعتق والمسألتان يؤيدان القولين الأخيرين والتخريج

على ما قال في الكتاب لانه ليس بدين مطلق بل هو صلة حتى يسقط النفقة بالموت
على الانفاق وكل عقد في هذه ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان
له مالا او ثبت ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او
ثلثة ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان
يخفيه فلا بد ان تمتد المدة ليفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى
غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة الى ستة اشهر والصحيح ان التقدير
مفوض الى رأي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال فان لم يظهر له مال
خلى سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه
بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة يقبل في رواية ولا يقبل
في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلى سبيله ولا يحول بينه وبين
غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره ان شاء الله تعالى في الحجر وفي الجامع الصغير
رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا ابد حبسه وان
كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير القاضي او عنده مرة وظهرت
مماطلته والحبس اولا ومدته قد بيناه فلا نعيده قال ويحبس الرجل في نفقة
زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس والد في دين ولده لانه نوع عقوبة فلا
يستحقه الولد على الوالد كالحدود والقصاص قال الا اذا امتنع من الانفاق
عليه لان فيه احياء لولده ولانه لا يتدارك لسقوطها بمضي الزمان

باب كتاب القاضي الى القاضي

ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما نبين
فان شهدوا على خصم حاضر حكم بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو
سجلا وان شهدوا بغير حضرة خصم لم يحكم لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب
بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب الحكمي وهو نقل الشهادة في
الحقيقة ويختص بشرائط نذكرها وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر
عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة على الشهادة وقوله في
الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب والامانة المجحودة
والمضاربة المجحودة لان كل ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف بالوصف لا يحتاج
فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد ولا يقبل في
الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقبل في العبد دون
الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه انه يقبل فيهما بشرائط تعرف في موضعها
وعن محمد انه يقبل في جميع ما ينقل وعليه المتأخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة
رجلين او رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا
لانه ملزم فلا بد من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم
وبخلاف رسول القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا
بالتزكية قال ويجب ان يقرأ عليهم الكتاب ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه

لا شهادة بدون العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في الكتاب عندهما
ولهذا يدفع اليهم كتابا آخر غير مختوم معاونة على حفظهم وقال ابو يوسف آخرا شيء
من ذلك ليس بشرط والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وختمه وعن ابي يوسف ان
الختم ليس بشرط ايضا فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار
السرخسي قول ابي يوسف **قال** فاذا وصل الى القاضي المكتوب اليه لم يقبله الا بحضرة
الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره بخلاف سماع القاضي الكاتب
لانه للنقل لا للحكم **قال** فاذا سلمه الشهود اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه
كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه
على الخصم والزمه ما فيه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف اذا شهدوا انه
كتابه وخاتمه قبله لما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة للفتح والصحيح انه
يفض الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكره الخصاف لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود
وانما يمكنهم اداء الشهادة بعد قيام الختم وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب
على القضاء حتى لو مات او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله
لانه التحق بواحد من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في
غير عملهما وكذا لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد
كذا والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو

معرّف بخلاف ما اذا كتب ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا لانه
غير معرّف ولو كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب
القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار كالشهادة
على الشهادة ولان مبناهما على الاسقاط وفي قبوله سعي في اثباتهما

فصل

ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه
وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء دون
التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المامور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه
على شرف الفوات لتوقته فكان الامر به اذنا بالاستخلاف دلالة ولا كذلك القضاء
ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول جاز كما في الوكالة وهذا
لانه حضره راي الاول وهو الشرط واذا فوض اليه يملكه فيصير الثاني نائبا عن
الاصيل حتى لا يملك الاول عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف
الكتاب او السنة او الاجماع بان يكون قولا لا دليل عليه وفي الجامع الصغير
وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه و
الاصل ان القضاء متى لاقى محلا مجتهدا فيه ينفذ ولا يرده غيره لان اجتهاد الثاني
كاجتهاد الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى
في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة وان كان عامدا ففيه
روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين وعندهما لا ينفذ في الوجهين

لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون مخالفا لما ذكرنا
والمراد بالسنة هي المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك
خلاف وليس باختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي
في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة وكذا اذا قضى باحلال وهذا
اذا كانت الدعوى بسبب معين وهي مسئلة قضاء القاضي في العقود والفسوخ بشهادة
الزور وقد مرت في النكاح ولا يقضي القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه
وقال الشافعي يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة لقطع
المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل الاقرار والانكار من
الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة ولو انكر ثم غاب فكذلك لان
الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف ابي يوسف ومن يقوم مقامه قد
يكون بانابته او بانابة الشرع كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكما بان كان ما
يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر وهذا في غير صورة في المبسوط اما اذا
كان شرطا لحقه فلا معتبر به في جعله خصما عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع
قال ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة ليحفظه وان اقرض
الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي في اصح الروايتين لعجزه
عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلا

٧٠

فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه
عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما فيشترط اهلية
القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود في القذف والفاسق والصبي
لانعدام اهلية القضاء اعتبارا باهلية الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندنا
كما مر في المولى ولكل واحد من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من
جهتهما فلا يحكم الا برضاهما جميعا واذا حكم لزمهما لصدور حكمه عن ولاية عليهما واذا رفع
حكمه الى القاضي فوافق مذهبه امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه
وان خالفه ابطله لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود و
القصاص لانه لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة فلا يستباح برضاهما قالوا وتخصيص الحدود
والقصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام فيه وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية
على العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل
بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف لرايه ومخالف للنص
الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع البينة ويقضي بالنكول
وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود
وهما على تحكيمهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لم يقبل لانقضاء الولاية
كقول المولى بعد العزل وحكم الحاكم لابويه وولده وزوجته باطل والمولى و

لا تتحمله العاقلة بالحديث فكان حكمه موافقا للشرع فينفذ ولو اخبر باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله ... اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية ... اذا قال قضيت عليك بكذا كافي

والحكم فيه سواء وهذا لانه لا تقبل شهادته لمولاه لمكان التهمة فكذا لا يصح
القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه تقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك
القضاء ولو حكما رجلين لا بد من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي

مسائل شتى من كتاب القضاء

واذا كان العلو لرجل
والسفل لآخر فليس لصاحب السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة
معناه بغير رضا صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا
اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة فلا خلاف
وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة
بعارض الضرر فاذا اشكل لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف
في محل تعلق به حق محترم للغير كحق المرتهن والمستأجر والاطلاق بعارض
فاذا اشكل لا يزول المنع على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين
بناء او نقضه فيمنع عنه قال واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها
زائغة مستطيلة وهي غير نافذة للمرور ولا حق لهم في المرور اذ هي لاهلها
خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما بيع فيها حق الشفعة بخلاف
النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور لا من فتح الباب
لانه رفع بعض جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح لا يمكنهم المنع
من المرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب

فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه صح

قال وان كانت مستديرة قد لزق طرفاها فلهم ان يفتحوا الابواب لان لكل
واحد منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في الشفعة
اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي هي في يده ثم
صالحه منها فهو جائز وهي مسألة الصلح على الانكار والمدعى وان كان مجهولا
فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا لانه جهالة في الساقط فلا تفضي الى
المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت
فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها واقام البينة على الشراء قبل
الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور التناقض اذ هو يدعي
الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا به بعدها تقبل
لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء قبله ولم
يقل جحدني الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى الهبة
اقرار منه بالملك للواهب عندها ودعوى الشراء رجوع عنه فعد مناقضا
بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال لآخر اشتريت
مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البائع على ترك الخصومة وسعه ان يطأها
لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا تجاحدا
فاذا عزم البائع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم ان كان لا يثبت
الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه

لما تعذر استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه ومن
اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ
القبض وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم
الا انها معيبة ولهذا لو تجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص
بالجياد فيصدق لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقه
او الثمن او استوفى لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة
كالزيوف وفي الستوقة لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو
تجوز به فيما ذكرناه لا يجوز والزيف ما زيفه بيت المال والنبهرجة
ما يرده التجار والستوق ما يغلب عليه الغش ومن قال لآخر لك علي الف
درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء
لان اقراره هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة
او تصديق خصمه بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد
العاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حقهما فبقي العقد
فعمل التصديق اما المقر له ينفرد برد الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على
آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو
البينة على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر لا يقبل لان
القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن

والزيف هو الذي فضته وغشه سواء والنبهرجة الذي فضته كثير وغشه قليل
والستوقة الذي غشه كثير وفضته قليل

ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه دفعا للخصومة الا يرى انه يقال قضى
بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء قط لان
التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك لم تقبل بينته
على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه لا يكون بين اثنين اخذ
واعطاء وقضاء واقتضاء ومعاملة ومصالحة بدون المعرفة وذكر القدوري
انه يقبل ايضا لان المحتجب والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيامر
بعض وكلائه بارضائه ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق
ومن ادعى على آخر انه باعه جاريته فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة
على الشراء فوجد بها اصبعا زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من
كل عيب لم تقبل بينة البائع وعن ابي يوسف انه يقبل اعتبارا بما ذكرنا
ووجه الظاهر ان شرط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة
الى غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين
لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله
ومن قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله تعالى او كتب في الشراء
فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي
حنيفة رض وقالا ان شاء الله على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما
استحسان ذكره في الاقرار لان الاستثناء ينصرف الى ما يليه لان الذكر للاستيثاق

وكذا لا اصل في الكلام الاستبدادي وله ان الكل شيء والصدر بحكم العطف فيتصرف

الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامراته طالق وعليه المشي

الى بيت الله ان شاء الله ولو ترك فرجة فالولا يلحق به ويصير كفاصل

السكوت **فصل في القضاء بالمواريث**

واذا مات نصراني فجاءت امراته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت

الورثة اسلمت قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر القول قولها

لان الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات لنا ان سبب الحرمان

ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر

نعتبره للدفع وما ذكر يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امراة

نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة

فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وهي

محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث **قال**

ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة فقال المستودع هذا

ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر ان ما في يده حق

الورثة خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف

ما اذا اقر لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر

بالدفع اليه لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير

ولا كذلك بعد موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان

الديون تقضى بامثالها فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه ولو قال

المودع لاخر هذا ابنه ايضا وقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال

للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على

الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا ولانه حين اقر للاول لا مكذب

له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح **قال** واذا قسم الميراث بين

الغرماء لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث وهذا شيء احتاط به بعض القضاة

وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة وقالا يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت

الدين والارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما

ان القاضي ناظر للغيب والظاهر ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا

لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى

صاحبه واعطى امراة الغايب النفقة من ماله ولابي حنيفة ان حق الحاضر ثابت

قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل كمن اثبت الشراء

ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى بيع في دينه لا يكفل ولان المكفول له

مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت

وهو معلوم اما الآبق واللقطة ففيه روايتان والاصح انه على الخلاف

وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت

وهذا كالدان يمنع وقوله ظلم اي ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف
عن مذهبه ان المجتهد يخطئ ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار
في يد رجل اقام آخر بينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين اخيه
فلان الغايب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي هي في يديه
ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا ان كان الذي في يديه
جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد
خاين فلا يترك المال في يده بخلاف المقر لانه امين وله ان القضاء وقع
للميت مقصودا واحتمال كونه مختارا للميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا
كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي والظاهر عدم الجحود في المستقبل
لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي ولو كانت الدعوى في المنقول
فقد قيل يوخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج فيه الى الحفظ والنزع ابلغ
فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها ولهذا يملك الوصي بيع المنقول
على الكبير الغايب دون العقار وكذا حكم وصي الام والاخ والعم على
الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول ابي حنيفة فيه اظهر لحاجته الى الحفظ
وانما لا يوخذ الكفيل لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها
لا لانشائها واذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم
النصف اليه بذلك القضية لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين

فيما

فيما يستحق له وعليه دينا كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت
في الحقيقة وواحد من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء
لنفسه لانه عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا
نصيبه وصار كما اذا اقامت البينة بدين الميت الا انه انما يثبت استحقاق
الكل على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع الكبير لانه لا يكون
خصما بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال مالي في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء والقياس
ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر لعموم اسم المال كما في الوصية وجه
الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله فينصرف ايجابه الى ما اوجب
الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية فاخت الميراث لانها خلافة كهي
فلا يختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله
وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل
ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي يوسف لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة
في العشر راجحة عنده وعند محمد لا يدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة
راجحة عنده ولا يدخل ارض الخراج بالاجماع لانه يتمحض مؤنة ولو قال ما
املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول كل مال لانه اعم من لفظ المال
والمقيد ايجاب الشارع وهو مختص بلفظ المال ولا مخصص في لفظ الملك

فيوقع العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة
على ما مر ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قوته
ثم اذا ملك شيئا تصدق بما امسك لان حاجته الى هذه مقدمة ولم يقدر
لاختلاف احوال الناس وقيل المحترف يمسك قوته ليوم وصاحب الغلة
لشهر وصاحب الضياع لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم الى المال وعلى
هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله **قال** ومن اوصى اليه
ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي والبيع جائز ولا يجوز بيع
الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة
بعد الموت فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر
ان الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا يتوقف على العلم
كما في تصرف الوارث اما الوكالة فانابة لقيام ولاية المنوب عنه فيتوقف على العلم
وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفي الاول يفوت
لعجز الموصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه لانه اثبات حق
لا الزام امر **قال** ولا يكون النهي عن الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان
او رجل عدل وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو والاول سواء لانه من المعاملات
وبالواحد فيها كفاية وله انه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل

لانه

لان عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر
المولى بجناية العبد والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر واذا باع القاضي
او امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين
القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقه ضمان
كيلا يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ويرجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا كان
العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم وان امر القاضي الوصي ببيعه للغرماء
ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري على الوصي لانه عاقد
نيابة عن الميت وان كان بانابة القاضي عنه فصار كما اذا باعه بنفسه
قال ويرجع الوصي على الغرماء لانه عامل لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم
فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه
في امر الميت والوارث اذا بيع له بمنزلة الغريم لانه اذا لم يترك دينا
كان العاقد عاملا له **فصل** واذا قال القاضي قد قضيت
على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك
ان تفعل وعن محمد انه رجع عن هذا وقال لا تأخذ بقوله حتى تعاين الحجة
لان قوله يحتمل الغلط والخطأ والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية
لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ هذه الرواية لفساد حال اكثر القضاة الا في كتاب القاضي

للحاجة اليه وجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل لخلوه عن
التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال الامام
الماتريدي ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخطا والخيانة وان
كان عدلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب تصديقه والا فلا وان كان جاهلا
فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان يعاين سبب الحكم لتهمة الخطا والخيانة
قال واذا عزل القاضي فقال لرجل اخذت منك الفا ودفعتها الى فلان قضيت
بها عليك فقال الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع
يدك في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل
ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان
الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه ثبت
فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او الآخذ بما
اقر به القاضي لا يضمن ايضا لانه فعله في حالة القضاء ودفع القاضي صحيح كما
اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده او المأخوذ ماله انه فعله قبل التقليد
او بعد العزل فالقول قول القاضي ايضا في الصحيح لانه اسند فعله الى حالة
معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون
والجنون منه كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر به
القاضي يضمنان لانهما اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان

عن نفسه لا في ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه
بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي والمأ
خوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى فعله في غير قضائه
يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه الا بحجة
وقول المعزول فيه ليس بحجة

كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها اذا طالبهم المدعي
لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة
ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب المدعي لانها حقه فيتوقف
على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر
والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك قال والستر
افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك
وقال عم من ستر على اخيه المسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما
نقل من تلقين الدرء عن النبي عم واصحابه دلالة ظاهرة على افضلية الستر
الا انه يجب ان يشهد بالمال في السرقة فيقول اخذ المال احياء لحق المسروق منه
ولا يقول سرق محافظة على الستر ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع
والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل احياء حقه قال والشهادة على
مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى

واللاتي ياتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى
ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري
مضت السنة من لدن رسول الله والخليفتين من بعده ان لا شهادة
للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة البدلية لقيامها مقام شهادة
الرجال فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات ومنها الشهادة ببقية الحدود
والقصاص تقبل فيها شهادة رجلين لقوله تعالى فاستشهدوا شهيدين من
رجالكم ولا تقبل فيها شهادة النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق
تقبل فيها شهادة رجلين او رجل وامراتين سواء كان الحق مالا او غير
مال مثل النكاح والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك وقال الشافعي
لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها لان الاصل فيها
عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح
للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل شهادة الاربع منهن وحدهن
الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح اعظم خطرا واقل وجودا فلا
يلحق بما هو ادنى خطرا واكثر وجودا ولنا ان الاصل فيها القبول لوجود
ما يبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة والضبط والاداء اذ بالاول
يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا
يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى

اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات
وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم قبول الاربع على خلاف القياس كيلا
يكثر خروجهن قال وتقبل في الولادة والبكارة والعيوب في النساء في موضع
لا يطلع عليه الرجال شهادة امراة واحدة لقوله عليه السلام شهادة النساء
جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى باللام يراد به الجنس فيتناول
الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع ولانه لما سقطت الذكورة ليخف
النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار العدد الا ان المثنى والثلث
احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق فاما
حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل في العنين ويفرق بعده لانها
تايدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة
فان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن والعيب يثبت
بقولهن فيحلف البائع اما شهادتهن على الاستهلال لا تقبل عند ابي حنيفة في
حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق الصلوة لانه من امور
الدين وعندهما تقبل في حق الارث ايضا لانه صوت عند الولادة ولا يحضرها
الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة قال ولا بد في ذلك كله من العدالة
ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن
لم تقبل شهادته اما العدالة فلقوله تعالى ممن ترضون من الشهداء

ولقوله تعالى واشهدوا ذوى عدل منكم ولان العدالة هى المعيّنة للصدق
لان من يتعاطى غير الكذب قد يتعاطاه وعن ابى يوسف ان الفاسق
اذا كان وجيها فى الناس ذا مروة تقبل شهادته لانه لا يستاجر لوجاهته
ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضى لو قضى بشهادة الفاسق
يصح عندنا والمسئلة معروفة واما لفظة الشهادة فلان النصوص نطقت
باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان قوله اشهد
من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب فى هذه اللفظة اشد وقوله
فى ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى تشترط العدالة ولفظة الشهادة
فى شهادة النسا فى الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من
معنى الالزام حتى اختص بمجلس القاضى واشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة فى المسلم ولا يسال حتى يطعن فيه الخصم
لقوله عم المسلمون عدول بعضهم على بعض الا المحدود فى القذف ومثل
ذلك عن عمر رضه ولان الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وبالظاهر
كفاية اذ لا وصول الى القطع الا فى الحدود والقصاص فانه يسال عن الشهود
لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصا فيها ولان الشبهة فيها دارئة
فان طعن الخصم فيهم سال عنهم لانه تقابل الظاهران فيسال طلبا
للترجيح وقالا لا بد ان يسال عنهم فى السر والعلانية فى سائر الحقوق لان

القضا

القضا مبنية على الحجة وهى شهادة العدول فيتعرف عن العدالة وفيه
صون قضائه عن البطلان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان والفتوى على
قولهما فى هذا الزمان ثم التزكية فى السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها
النسب والحلى والمصلى ويردها المعدل كل ذلك فى السر كيلا يظهر فيخدع
او يقصد وفى العلانية لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفى شبهة
تعديل غيره وقد كانت العلانية وحدها فى الصدر الاول ووقع الاكتفاء
بالسر فى زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى عن محمد تزكية العلانية بلاء
وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد
قد يعدل وقيل يكتفى بقوله هو عدل لان الحرية ثابتة بالدار وهذا
اصح قال وفى قول من راى ان يسال عن الشهود لم يقبل قول الخصم انه
عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابى يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته لكن عند
محمد يضم تزكية اخرى الى تزكيته لان العدد عنده شرط ووجه الظاهر ان
فى زعم المدعى وشهوده ان الخصم كاذب فى انكاره مبطل فى اصراره فلا
يصلح معدلا وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطاوا او
نسوا اما اذا قال صدقوا او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال
واذا كان رسول القاضى الذى يسال عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل
وهذا عند ابى حنيفة وابى يوسف رح وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكى

وعلى هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان
التزكية في معنى الشهادة لان ولاية القاضي تبتني على ظهور العدالة وهو
بالتزكية فيشترط العدد كما يشترط العدالة فيه ويشترط الذكورة في المزكي في
الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا لا يشترط فيه لفظة الشهادة
ومجلس القضاء واشتراط العدد امر حكمي في الشهادة فلا يتعداها ولا يشترط
اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد مزكيا فاما في تزكية
العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف لاختصاصها
بمجلس القضاء قالوا يشترط الاربع في تزكية شهود الزنا عند محمد

فصل

وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت حكمه بنفسه مثل البيع والاقرار
والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه
ان يشهد وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو
الركن في اطلاق الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون
وقال النبي عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع
ولا يقول اشهدني لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان
يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبل لان النغمة تشبه النغمة الا اذا كان
دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على الباب وليس للبيت
مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه الصورة

ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع
شاهدا يشهد بشيء لم يجز له ان يشهد على شهادته الا ان يشهده
لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما تصير حجة موجبة بالنقل الى
مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل ولم يوجد وكذا لو سمعه يشهد
الشاهد على شهادته لم يسع للسامع ان يشهد لانه ما حمله وانما
حمل غيره قال ولا يجوز للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر
الشهادة لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم قيل هذا قول ابي حنيفة
وعندهما يحل له ان يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما
اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته لان ما يكون في قمطره
فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فحصل له العلم ولا
كذلك الشاهد في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق به انا شهدنا نحن
وانت قال ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب
والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي فانه يسعه ان يشهد
بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به والقياس ان لا يجوز لان الشهادة
مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وصار كالبيع وجه الاستحسان
ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق بها

احكام يبنى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى
الى الحرج وتعطل الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد
ان يشهد بالاشتهار وذلك بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب
ويشترط ان يخبره رجلان عدلان او رجل وامراتان ليحصل له نوع علم وقيل
في الموت يكتفى باخبار واحد او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد
اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا
كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه
يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان معاينة اليد في الاملاك تطلق
الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو راى انسانا جلس مجلس القضاء
يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا راى رجلا وامراة
يسكنان بيتا وينبسط كل واحد منهما الى الاخر انبساط الازواج كما اذا
راى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته
فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم قصر الاستثناء في الكتاب على
هذه الاشياء ينفي اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف اخرا
انه يجوز في الولاء لانه بمنزلة النسب وعن محمد انه يجوز في الوقف لانه يبقى على
مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة
فكذا ما يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله

دون

دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء
سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقصى ما يستدل به
على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف انه
يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا لاطلاق
محمد في الرواية وقال الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض المشايخ
لان اليد متنوعة الى امانة وملك قلنا والتصرف يتنوع ايضا
الى نيابة واصالة ثم ان عاين المالك الملك حل له ان يشهد وكذا اذا
عاين الملك بحدوده دون المالك استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع
وان لم يعاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد والامة
فان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما
فكذلك لانه لا يد لهما وان كانا كبيرين فذلك مصرف الاستثناء لان لهما
يدا على انفسهما فيدفع يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة
انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا اعتبارا بالثياب والفرق ما بيناه

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

ولا تقبل شهادة الاعمى وقال زفر وهو رواية عن ابي حنيفة تقبل فيما يجري
فيه التسامع لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلل فيه وقال ابو يوسف والشافعي

يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص
بالقول ولسانه غير موف والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة
على الميت قلنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة يمكن التحرز عنها بجنس
الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص
ولو عمي بعد الاداء يمتنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد لان قيام اهلية الشهادة
شرط وقت القضاء لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او
فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة
ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة من باب الولاية وهو لا يلي
نفسه فاولى ان لا تثبت له الولاية على غيره قال ولا المحدود في قذف وان تاب
لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من تمام الحد لكونه مانعا فيبقى
بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد للفسق وقد
ارتفع بالتوبة وقال الشافعي يقبل اذا تاب لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى
التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو قوله تعالى واولئك هم الفاسقون
او هو استثناء منقطع بمعنى لكن قال ولو حد الكافر في قذف ثم اسلم تقبل شهادته
لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد وبالاسلام حدثت له
شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة للعبد اصلا فتمام حده

برد

برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده وولد ولده
ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام لا تقبل
شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته
ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين
الاولاد والاباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه
من وجه او تتمكن فيه التهمة قال والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص
الذي يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله
عليه السلام لا شهادة للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مسانهة
او مشاهرة فيستوجب الاجر بمنافعه عند اداء الشهادة فيصير كالمستأجر
عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين للآخر وقال الشافعي تقبل
لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة ولهذا يجري القصاص
والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته ضمنا كما في الغريم اذا
شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل عادة وهو
المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف شهادة الغريم
لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده لانه شهادة
لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه ان كان عليه
دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة الشريك

لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال وتقبل شهادة
الرجل لاخيه وعمه لانعدام التهمة لان الاملاك ومنافعها متباينة و
لا بسوطة لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده
المخنث في الردي من الافعال لانه فاسق واما الذي في كلامه لين وفي اعضائه
تكسر فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما ترتكبان محرما
فان النبي عم نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية قال ولا مدمن الشرب
على اللهو لانه يرتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة و
لانه قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ
ولا من يلعب بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع
الناس على ارتكاب كبيرة قال ولا من يدخل الحمام بغير مئزر لان كشف العورة
حرام قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق قال او يأكل
الربوا والمقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذا من
تفوته الصلوة للاشتغال بها فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع
من الشهادة لان للاجتهاد فيه مساغا وشرط في الاصل ان يكون آكل الربوا
مشهورا به لان الانسان قلما ينجو عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك
ربوا قال ولا من يفعل الافعال المستحقرة كالبول على الطريق والاكل على الطريق

لانه

لانه تارك للمروءة واذا كان لا يستحيي عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم
ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه بخلاف من يكتمه وتقبل
شهادة اهل الاهواء الا الخطابية وقال الشافعي لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق
ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد وما اوقعه فيه الا تدينه وصار كمن يشرب
المثلث او يأكل متروك التسمية عامدا مستبيحا لذلك بخلاف الفسق من حيث
التعاطي واما الخطابية فهم من غلاة الروافض يعتقدون الشهادة
لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم واجبة فتمكنت التهمة في شهادتهم
قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم وقال مالك
والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون هم الظالمون فيجب التوقف
في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم فصار كالمرتد ولنا ما روي ان النبي عم
اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه من اهل الولاية على نفسه واولاده
الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه والفسق من حيث الاعتقاد
غير مانع لانه يجتنب ما يعتقد محرم دينه والكذب محظور الاديان بخلاف
المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم لانه لا ولاية له بالاضافة
اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وملل الكفر وان اختلفت
فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة الحربي على
الذمي اراد به المستامن لانه لا ولاية له عليه لان الذمي من اهل دارنا وهو

أعلى رتبة منه ونقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم عليه وعلى الذمي ونقبل
شهادة المستأمنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار واحدة فان كانوا
من دارين كالروم والترك لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع الولاية ولهذا
يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن قال وان
كان الحسنات اغلب من السيئات والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية
هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي الكبائر كلها وبعد ذلك
يعتبر الغالب كما ذكرنا فاما الالمام بمعصية لا تنقدح به العدالة المشروطة
فلا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو مفتوح
احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا اذا تركه
استخفافا بالدين لانه لم يترك هذا الصنيع عدلا قال والخصي فان عمر رض قبل
شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال
وولد الزنا لان فسق الابوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما وقال مالك
لا تقبل في الزنا لانه يحب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك
ولا يستحبه والكلام في العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة و
شهادة الجنسين مقبولة بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان
عند عامة المشايخ لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل
اذا كان العامل وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر

عن ابي

عن ابي يوسف رح في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة ولمهابته
لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان ان اباهما اوصى الى فلان
والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى
وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك او غريمان لهما على الميت او للميت عليهما دين
او شهد الوصيان انه اوصى الى هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد
لعود المنفعة اليه وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت
معروف فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء آخر
فصار كالقرعة والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث
لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا انكرا ولم يعرف الموت لانه
ليس له ولاية نصب الوصي فتكون الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما
دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت
الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما الغائب وكله بقبض ديونه
بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما لان القاضي لا يملك نصب الوكيل
عن الغائب فلو ثبت انما تثبت بشهادتهما وهي غير موجبة لمكان التهمة قال
ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم
لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر والستر واجب الا
اذا شهدوا على اقرار المدعي بذلك لان الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام رجل

اي المدعى عليه البينة ان المدعي استاجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح
مجرد ولا استيجار ولئن كان امرا زائدا عليه فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه
اجنبي عنه حتى لو اقام البينة ان المدعي استاجر الشهود بعشرة دراهم ليؤدوا
الشهادة واعطاهم العشرة من مالي الذي كان في يده تقبل لانه خصم في ذلك
ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقامها على اني صالحت الشهود على كذا من المال
ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا علي بهذا الباطل وقد شهدوا وطالبهم برد ذلك
المال ولهذا قلنا انه لو اقام البينة ان الشاهد عبد او محدود في قذف
او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل **قال** ومن شهد فلم يبرح حتى
قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت
اخطأت بنسيان ما كان يحق علي ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان
الشاهد قد يبتلى بمثله لمهابة مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا
تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم
الزيادة من المدعي بتلبيس او خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد
لحق الملحق باصل الشهادة فصار ككلام واحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا
وقع الغلط في بعض الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة
فاما اذا لم يكن فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري
مجراها وان قام عن المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف انه يقبل قوله

في غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه

باب في الاختلاف في الشهادة

قال الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت
وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة
وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها **قال** ويعتبر اتفاق الشاهدين
في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة رح فان شهد احدهما بالف والآخر
بالالفين لم تقبل الشهادة عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان
والطلقة والثلث لهما انهما اتفقا على الالف او الطلقة وتفرد احدهما
بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما فصار
كالالف والالف والخمسمائة ولابي حنيفة رح انهما اختلفا لفظا وذلك
يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ وهذا لان الالف لا يعبر به
عن الالفين بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما
شاهد واحد وصار كما اذا اختلف جنس المال **قال** وان شهد احدهما
بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة قبلت الشهادة
على الالف بالاتفاق لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف
والخمسمائة جملتان عطفت احديهما على الاخرى والعطف يقرر الاول
ونظيره الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة

والخمسة عشر لانه ليس بينهما حرف العطف فهو نظير الالف والالفين
وان قال المدعي لم يكن لي الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة
باطلة لانه كذبه المدعي في المشهود به وكذا اذا سكت الا عن دعوى الالف
لان التكذيب ظاهر فلا بد من التوفيق ولو قال كان حقي الفا وخمسمائة
لكني استوفيت خمسمائة او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال واذا شهدا
بالف وقال احدهما قضاه خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه
ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي
يوسف انه يقضي بخمسمائة لان شاهد القضاء مضمون شهادته ان لا دين
الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد اذا علم بذلك ان لا
يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يكون معينا على الظلم وفي الجامع
الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد قضاها
فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا
وذكر الطحاوي عن اصحابنا انه لا تقبل وهو قول زفر لان المدعي اكذب شاهد
القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله لا يمنع
القبول واذا شهد شاهدان ان زيدا قتل يوم النحر بمكة وشهد آخران
انه قتل يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم تقبل الشهادتين لان
احديهما كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احداهما

وقضى

وقضى بها ثم حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها
فلا تنتقض بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في
لونها قطع وان قال احدهما بقرة وقال الآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة
وقالا لا يقطع في الوجهين وقيل الاختلاف في لونين يتشابهان كالسواد
والحمرة لا في السواد والبياض وقيل الاختلاف في جميع الالوان لهما ان السرقة
في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل نصاب الشهادة وصار كالغصب
بل اولى لان امر الحد اهم وصار كالذكورة والانوثة وله ان التوفيق ممكن
لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان او يجتمعان فيكون
السواد من جانب وهذا يبصره والبياض من جانب آخر وهو يشاهده
بخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة
لا يجتمعان في واحد وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه
قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبد فلان بالف وشهد آخر انه اشترى
بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو العقد
ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد
ولان المدعي يكذب احد شاهديه وكذا اذا كان المدعي هو البائع ولا فرق
بين ان يدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة لان المقصود
هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا ان كان هو المولى لان العتق

اي لا يقال ان العتق يثبت باعتراف المولى فيبقى دعوى الدين

لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع والاعتاق على مال والصلح عن دم العمد اذا كان المدعي هو المراة والعبد والقاتل لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى من الجانب الاخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا يقبل لانه لا حظ له في الرهن فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالالف استحسانا وقالا هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من الجانبين السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت ثم اذا وقع الاختلاف في التابع يقضى بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المراة هي المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا يقبل لان مقصودها قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الاختلاف في الفصلين وهذا اصح والوجه ما ذكرناه

فصل في

فصل في الشهادة على الارث

قال ومن اقام بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي في يده فانه ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا له عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف هو يقول ان ملك الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة للوارث وهما يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة للمورث الفقير فلا بد من النقل الا انه يكتفى بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة وكذا على قيام يده على ما نذكره وقد وجدت الشهادة على اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده فاغنى ذلك عن الجر والنقل فان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصار بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ شهر لم تقبل وعن ابي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت ملكه تقبل فكذا هذا وصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو قولهما

ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهو متنوع الى ملك وامانة
وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف
وبخلاف الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد
معاين ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالعيان قال وان اقر بذلك المدعى
عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد
شاهدان انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به هنا الاقرار
وهو معلوم

باب الشهادة على الشهادة

قال الشهادة على الشهادة جائزة في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان
لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض
فلو لم تجز الشهادة على الشهادة ادى الى اتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة
على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من حيث البدلية او من حيث ان
فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه بجنس الشهود فلا تقبل فيما
تندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص ويجوز شهادة شاهدين على شهادة
شاهدين وقال الشافعي لا يجوز الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين
قائمان مقام واحد فصارا كالمرأتين لنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز على شهادة
رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة الاصل من الحقوق فهما شهدا بحق ثم
شهدا بحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد لما روينا وهو

حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب الشهادة قال
وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع اشهد على شهادتي
اني اشهد ان فلان ابن فلان اقر عندي بكذا واشهدني على نفسه لان الفرع كالنائب
عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد ان يشهد كما يشهد عند القاضي
لينقله الى مجلس القاضي وان لم يقل اشهدني على نفسه جاز لان من سمع اقرار
غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء
اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي
بذلك لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول
من هذا واقصر منه وخير الامور اوسطها قال ومن قال اشهدني فلان على
نفسه لم يشهد السامع على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من
التحميل وهذا ظاهر عندهما لان القضاء عنده بشهادة الفروع والاصول جميعا
حتى اشتركوا في الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول
ليصير حجة فيظهر تحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفروع الا ان
يموت شهود الاصول او يغيبوا مسيرة ثلاثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا
يستطيعون حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند عجز الاصل
وبهذه الاشياء يتحقق العجز وانما اعتبرنا السفر لان المعجز بعد المسافة ومدة
السفر بعيدة حكما حتى ادير عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف

انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله
صح الاشهاد احياء لحقوق الناس قالوا والاول احسن والثاني ارفق وبه
اخذ الفقيه ابو الليث قال فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم
من اهل التزكية وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية
الامر ان فيه منفعة من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا
يتهم في شهادة نفسه كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه
فلا تهمة قال وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند
ابي يوسف وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم ينقلوا
الشهادة فلا تقبل ولابي يوسف ان الماخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد
يخفى عليهم واذا نقلوا يتعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم وشهدوا
قال وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل
لم يثبت للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرانا انهما يعرفانها فجاء بامراة
وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين انها فلانة لان
الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق على الحاضرة
ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا الشهادة
ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين يشهدان

على ان المحدود بها في يد المدعى عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان الحدود
المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذا كتاب القاضي الى القاضي
لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي لكمال ديانته ووفور
ولايته ينفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين التميمية لم يجز
حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف لا بد منه
في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي عامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة و
الاوزجندية خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة
الصغيرة خاصة والى المحلة الكبيرة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم
بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف على ظاهر الرواية فذكر
الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم الجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى

فصل

قال ابو حنيفة رضي الله عنه شاهد الزور اشهره في السوق ولا اعزره وقالا
نوجعه ضربا ونحبسه تاديبا وهو قول الشافعي لهما ما روي عن عمر
انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم وجهه ولان هذه كبيرة
يتعدى ضررها الى العباد وليس فيه حد مقدر فيعزر وله ان شريحا
كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف

نظرا الى هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ
الى الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح فانه كان يبعثه
الى سوقه ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر في اجمع
ما كانوا ويقولون ان شريحا يقريكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد
زور فاحذروه وحذروه الناس وذكر شمس الائمة السرخسي انه يشهر
عندهما ايضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير
ذكرناه في الحدود وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يضربا
عنده وقالا يعزران وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو
المقر على نفسه بذلك فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة
والبينات للاثبات

كتاب الرجوع عن الشهادات

اذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت
بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا
شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ
الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينقض الحكم بالمتناقض ولانه في الدلالة
على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال القضاء به وعليهم ضمان
ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع
صحة الاقرار قال ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص

بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي اي قاض كان ولان
الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والاعلان بالاعلان فاذا
لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما واراد يمينهما
لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا باطلا حتى لو اقام البينة
انه رجع عند قاض آخر وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح واذا شهد شاهدان
بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبيب على وجه التعدي
سبب الضمان كحافر البير وقد سببا للاتلاف تعديا وقال الشافعي لا يضمنان
لانه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان على المباشر
وهو القاضي لانه كالملجا الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده و
تعذر استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبيب وانما يضمنان
اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة
بين اخذ العين والزام الدين فان رجع احدهما ضمن النصف والاصل
ان المعتبر في هذا بقاء ما بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف
الحق وان شهد بالمال ثلثة فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من يبقى
بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط
الضمان فاولى ان يمتنع فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لان ببقاء
احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامراتان فرجعت امراة ضمنت ربع المال

بقيت ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعا ضمنا نصف الحق لان بشهادة
الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لانه
بقي من يبقى بشهادته كل الحق وان رجعت اخرى كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف
بشهادة رجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء
فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رح وعندهما
على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد
ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة رح ان كل امراتين قامت
مقام رجل قال عم في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة
رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فان رجع النسوة العشر
دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا ولو شهد رجل وثلث
نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل نصف الحق والنصف على النسوة وعنده عليه
الخمسان وعليهن ثلثة الاخماس على الاصل الذي قدمناه ولو رجع الرجل والمراة فعليه
النصف كله عندهما وعنده عليه وعلى الراجعة اثلاثا على الاصل الذي قدمناه ولو
شهد رجلان وامراة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المراة لان الواحدة ليست
بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف اليه الحكم قال وان شهد شاهدان على
امراة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذا اذا شهدا باقل من
مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف لان التضمين يستدعي المماثلة

على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير متقومة ضرورة الملك
ابانة لخطر المحل وكذا اذا شهدا على رجل بتزوج امراة بمقدار مهر مثلها لانه
اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك والاتلاف بعوض كلا
اتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة بين الاتلاف بعوض
وبينه بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة
لانهما اتلفاها من غير عوض وان شهدا ببيع شيء بمثل القيمة او اكثر ثم
رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض وان كان باقل من القيمة
ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض ولا فرق بين ان يكون البيع باتا
او فيه خيار البائع لان السبب هو السابق فيضاف الحكم عند سقوط الخيار
اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على رجل انه طلق امراته قبل الدخول بها ثم
رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا على شرف السقوط الا ترى انها لو طاوعت
ابن الزوج او ارتدت سقط المهر اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ
فيوجب سقوط جميع المهر كما مر في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة
فكان واجبا بشهادتهما قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته
لانهما اتلفا مالية العبد من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول
اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء وان شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل
ضمنا الدية ولا يقتص منهم وقال الشافعي يقتص منهم لوجود القتل تسبيبا فاشبه المكره

بل أولى لأن الولي يعان والمكره يمنع ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد وكذا
تسبيبًا لأن السبب ما يفضي إليه غالبًا ولا يفضي لأن العفو مندوب بخلاف المكره
لأنه يؤثر حياته ظاهرًا ولأن الفعل الاختياري مما يقطع النسبة ثم لا أقل من
الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لأنه يثبت مع الشبهات والباقي يعرف
في المختلف قال وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا لأن الشهادة في مجلس القضاء
صدرت منهم فكان التلف مضافًا إليهم ولو رجع شهود الأصل وقالوا لم نُشهد
شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لأنهم أنكروا السبب وهو الإشهاد
ولا يبطل القضاء لأنه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد بخلاف ما قبل القضاء
وإن قالوا أشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد وقال أبو حنيفة وأبو يوسف
لا ضمان عليهم لأن القضاء وقع بشهادة الفروع لأن القاضي يقضي بما يعاين من
الحجة وهي شهادتهم وله أن الفروع نقلوا شهادة الأصول فصار كأنهم حضروا
ولو رجع الأصول والفروع جميعًا يجب الضمان عندهما على الفروع لا غير لأن القضاء
وقع بشهادتهم وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمّن الأصول وإن شاء
ضمّن الفروع لأن القضاء وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي ذكرا وبشهادة
الأصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متغايرتان فلا يجمع
بينهم في التضمين وإن قال شهود الفرع كذب شهود الأصل أو غلطوا في شهادتهم
لم يلتفت إلى ذلك لأن ما أمضي من القضاء لا ينتقض بقولهم ولا يجب الضمان عليهم

لانهم

لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال وإن رجع
المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يضمنون لأنهم
أثنوا على الشهود فصاروا كشهود الإحصان وله أن التزكية إعمال للشهادة
إذ القاضي لا يعمل بها إلا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود
الإحصان لأنه شرط محض قال وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان
بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لأنه هو السبب
والتلف يضاف إلى مثبتي السبب دون الشرط المحض ألا ترى أن القاضي يقضي
بشهادة اليمين دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم
اختلف المشايخ فيه ومعنى المسألة يمين العتاق والطلاق قبل الدخول

كتاب الوكالة

كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره لأن الإنسان قد
يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الأحوال فيحتاج إلى أن يوكل غيره
فيكون سبيلًا منه دفعًا للحاجة وقد صح أن النبي عم وكّل بالشرى حكيم
ابن حزام وبالتزويج عمر ابن أم سلمة قال ويجوز الوكالة بالخصومة
في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة إذ ليس كل أحد يهتدي إلى وجوه
الخصومات وقد صح أن عليًا رض وكّل عقيلًا وبعد ما أسن وكّل عبد الله
بن جعفر وكذا بإيفائها واستيفائها إلا في الحدود والقصاص فإن الوكالة

لا تفي باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو
ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان
الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء هذه الشبهة وليس كل احد
يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء اصلا وهذا الذي ذكرناه
قول ابي حنيفة رضه وقال ابو يوسف لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص
باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا
الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره
له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة يتحرز عنها في هذا الباب كما في الشهادة
على الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رضه ان الخصومة شرط محض لان
الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه التوكيل كما
في سائر الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه ق
كلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل
غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة لا يجوز التوكيل
بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا مسيرة ثلثة
ايام فصاعدا وقالا يجوز التوكيل بغير رضاه وهو قول الشافعي ولا خلاف
في الجواز وانما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل تصرف في خالص حقه
فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون وله ان الجواب مستحق

على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة فلو قلنا بلزومه
يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه احدهما يتخير الآخر
بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنالك ثم كما يلزم التوكيل
عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت المراة
مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحاكم قال الرازي يلزم التوكيل
لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم توكيلها قال رضي الله عنه
وهذا شي استحسنه المشايخ المتاخرون قال ومن شرط الوكالة ان
يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك التصرف من
جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط ان يكون
الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد
ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا
واذا وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف و
الوكيل من اهل العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا
محجورا جاز ولا يتعلق بهما الحقوق ويتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل
العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه باذن وليه والعبد من اهل التصرف على
نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى والتوكيل ليس تصرفا في حقه الا
انه لا يصح منهما التزام العهدة من الصبي لقصور اهليته والعبد لحق سيده

فيلزم الموكل وعن ابي يوسف ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم انه صبي
او محجور له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان حقوقه تتعلق بالعاقد
فاذا ظهر بخلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال والعقد الذي يعقده
الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة فحقوقه
تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تابعة
لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه فصار كالرسول
والوكيل بالنكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام
وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن اضافة العقد الى الموكل
ولو كان سفيرا لما استغنى عن ذلك كالرسول واذا كان كذلك كان اصيلا
في الحقوق فتتعلق به فلهذا قال في الكتاب يسلم المبيع ويقبض الثمن ويطالب
بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم فيه لان كل
ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل السابق
كالعبد يتهب ويصطاد هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة العيب تفصيل
نذكره ان شاء الله قال وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع والصلح
عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب وكيل
الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير محض الا يرى
انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان النكاح له

فصا

فصار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه اسقاط
فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
الضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما
الصلح الذي هو جار مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والصدقة
والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك
للموكل بخلاف الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان
يمنعه اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق الى العاقد فان دفعه
اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه وقد وصل
اليه ولا فائدة في الاخذ منه ثم الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري على الموكل دين
يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل ايضا دون
دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة عند ابي حنيفة
ومحمد لما انه يملك الابراء عنه عندهما لكنه يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشرى

فصل في الشرى قال ومن وكل رجلا بشرى شيء فلا بد من تسمية جنسه
وصفته او جنسه ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الائتمار

الا ان يوكله وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي
شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تتحمل في الوكالة كجهالة
الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي اعتبار
هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا
او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك
الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان
كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن
يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا يمنع الامتثال مثاله اذا وكله
بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي
والهندي والسندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه
ولو بين النوع او الثمن ولم يبين الصفة الجودة او الرداءة والسطة
جاز لانه جهالة مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي
الجامع الصغير ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة
للجهالة الفاحشة فان الدابة في حقيقة اللغة اسم لما يدب على وجه الارض وفي
العرف يطلق على الخيل والحمار والبغل فقد جمع اجناسا وكذا الثوب
لانه يتناول الملبوس من الاطلس الى الكساء ولهذا لا يصح تسميته مهرا
وكذا الدار يشتمل ما هو في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف

الاغراض

الاغراض والجيران والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال
قال وان سمى ثمن الدار ووصف جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه
وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا قال ومن دفع الى آخر دراهم و
قال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها وفي القياس ان يكون على كل مطعوم
اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان
ان العرف املك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر مقرونا بالبيع والشراء ولا
عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فعلى
الخبز وان كان فيما بين ذلك فعلى الدقيق قال وان اشترى الوكيل وقبض ثم اطلع على
عيب فله ان يرده بالعيب ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها
اليه فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال
يده الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشتري
دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل بعقد
الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر ومراده التوكيل
بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز فان الوكيل يبيع طعاما في ذمته
على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بطل
العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد
والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق

كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف الرسول لانه نقل الرسالة في العقد لا في القبض

وينتقل كلامه الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح **قال**

• واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل

لانه انعقدت بينهما مبادلة حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد

الموكل بالعيب على الوكيل وقد سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه

• ولان الحقوق لما كانت اليه وقد علم الموكل بكونه راضيا بدفعه من ماله

• فان هلك المبيع في يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن لان يده كيد

الموكل فاذا لم يحبس يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن

لما بينا انه بمنزلة البائع من الموكل وقال زفر ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا

بيده فكانه سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه فلا يكون

راضيا بسقوط حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه

عند حبسه فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف وضمان

المبيع عند محمد وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر لانه منع بغير حق

لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه ولابي يوسف

انه مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن بعينه بخلاف المبيع

لان البيع ينفسخ بهلاكه وهنا لا ينفسخ اصل العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل

والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي الوكيل به **قال** واذا وكله بشراء عشرة

ارطال

ارطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال

بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة وقالا يلزمه العشرون

• وذكر في بعض النسخ قول محمد مع ابي حنيفة ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل لابي يوسف

انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن انه سعره عشرة ارطال فاذا اشترى به

عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة

انه امره بشراء عشرة ولم يامره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة

على الموكل بخلاف ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له

بخلاف ما اذا اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع

لان الامر يتناول السمين وهذا مهزول فلم يحصل مقصود الآمر **قال** ولو وكله

بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الآمر حيث اعتمد عليه

• ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بمحضر من الموكل • فلو كان الثمن مسمى

فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى بغير النقود • او وكل وكيلا بشرائه فاشترى

الثاني وهو غائب يثبت الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الآمر فينفذ

عليه • ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضره رايه فلم يكن

مخالفا **قال** وان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا ان يقول

نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل قال رضي الله عنه هذه المسئلة على

وجوه ان اضاف العقد الى دراهم الآمر كان للآمر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه



بماله الموكل دون النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا
بالاجماع وهو مطلق وان اضاف الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على
ما يحل له شرعا او يفعله عادة اذ الشرى لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره
مستنكر شرعا وعرفا وان اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للآمر فهو للآمر
وان نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للآمر في هذا التوكيل
وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا وان
توافقا على انه لم تحضره النية قال محمد هو للعاقد لان الاصل ان كل احد يعمل
لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم النقد لان ما اوقعه
مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد فقد فعل ذلك المحتمل
لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه حمل حاله على الصلاح
كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه قال ومن امر رجلا
بشرى عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول
قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول قول المامور لان في الوجه الاول اخبر
عما لا يملك استئنافه وهو الرجوع بالثمن على الآمر وهو ينكر والقول للمنكر وفي
الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد
حيا حين اختلفا ان كان الثمن منقودا فالقول للمامور لانه امين وان لم يكن
منقودا فكذلك عند ابي يوسف ومحمد لانه يملك استئناف الشرى فلا يتهم في الاخبار عنه

وعند ابي

وعند ابي حنيفة رح القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه
فاذا راى الصفقة خاسرة الزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا
لانه امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده هنا وان كان امره
بشرى عبد بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمامور سواء كان الثمن منقودا
او غير منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استئنافه ولا تهمة فيه لان
الوكيل بشرى شيء بعينه لا يملك شراه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على
ما مر بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة رح ومن قال لآخر بعني
هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه لان
قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار اللاحق فان قال
فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار ارتد برده قال الا ان يسلمه المشترى له
فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره بغير
امره حتى لزمه ثم سلمه المشترى له ودلت المسألة على ان التسليم على وجه
البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو يتحقق في النفيس والخسيس
لاستتمام التراضي وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان
يشتري له عبدين باعيانهما ولم يسم له ثمنا فاشترى احدهما جاز لان
التوكيل مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع فيجري على اطلاقه الا فيما
لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشرى وهذا كله بالاجماع ولو امره

ان يشتريهما بالالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رح ان اشترى احدهما بخمسمائة
او اقل جاز وان اشترى باكثر لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما
سواء فينقسم بينهما نصفين دلالة فكان آمرا بشرى كل واحد بخمسمائة
ثم الشرى بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت
الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري الباقي ببقية الالف قبل ان يختصما
استحسانا لان شرى الاول قائم وقد حصل غرض المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف
وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها وقالا ان اشترى احدهما
باكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشترى
بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو فيما قلنا
لكن لا بد ان يبقى من الالف باقية يشترى بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر
قال ومن له على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لانه
في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكره وان امره
ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر
مات من مال المشتري وان قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقالا
هو لازم للآمر اذا قبضه المامور وعلى هذا اذا امره ان يسلم ما عليه او
يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في المعاوضات
دينا كانت او عينا الا يرى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين
لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه على السواء فيصح التوكيل ويلزم
الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة انها يتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد
الوكالة بالعين منها او بالدين منها ثم استهلك العين او اسقط الدين
بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين
من دون ان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري
او يكون آمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط
مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض
ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لانه جعل المال لله وهو معلوم
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المامور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر
منه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع الى آخر الفا وامره ان يشتري بها
جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المامور اشتريتها بالالف
فالقول قول المامور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد
ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه ضمان خمسمائة وهو ينكر فان
كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي
خمسمائة والامر تناول ما يساوي الفا فيضمن قال وان لم يكن دفع اليه
الالف فالقول للآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فللمخالفة وان كانت
قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا بمنزلة

منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن وموجبه التحالف ثم
يفسخ العقد الذي جرى بينهما فتلزم الجارية المأمور قال ولو امره ان
يشتري له هذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال الآمر اشتريته بخمسمائة و
قال المأمور بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه
قيل لا تحالف هنا لانه ارتفع الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسألة
الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقيل يتحالفان كما ذكرنا وقد ذكر معظم
يمين التحالف وهو يمين البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله
اجنبي عن الموكل اذ لم يجر بينهما بيع فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول ابي
منصور وهو الاظهر

فصل في التوكيل بشراء نفس العبد

واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه فان قال الرجل
للمولى اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد
منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل والمأمور سفير عنه فلا
يرجع اليه الحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء
وان لم يعين للمولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن
العمل بها اذ لم يبين فيحافظ عليها بخلاف شرى العبد نفسه لان المجاز
فيه متعين واذا كانت معاوضة ثبت الملك له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى
المشتري الف مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف التوكيل

بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه لان العقدين هناك على نمط واحد
وفي الحالين المطالبة تتوجه نحو العاقد اما هنا احدهما اعتاق معقب للولاء
ولا مطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة
فلا بد من البيان ومن قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني
نفسي لفلان بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شرى نفسه
لانه اجنبي عن ماليته والبيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في
يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضافه الى الآمر صلح فعله امتثالا
فيقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى
دون المعاوضة والعبد وان كان وكيلا بشرى معين لكنه اتى بجنس تصرف
آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان فهو حر لان
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فلا بد
من البيان لاختلاف التصرفين

فصل في البيع

والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته
له عند ابي حنيفة رح وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه
لان التوكيل مطلق ولا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع منقطعة بخلاف
العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا للمولى حق في كسب
المكاتب وينقلب حقيقة بالعجز وله ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات

وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة
فصار بيعًا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف

فصل والوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير
والعرض عند ابي حنيفة وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس
فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف ولان
التصرفات لدفع الحاجات فتتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل
وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشري الفحم والجمد والاضحية بزمان الحاجة
ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه وكذا المقايضة
بيع من وجه وشرى من وجه فلا يتناوله مطلق الاسم ولهذا لا يملكه الاب والوصي
له ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالغبن
او بالعين متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل
ممنوعة على قول ابي حنيفة على ما روي عنه وانه بيع من كل وجه حتى ان من حلف
لا يبيع يحنث به غير ان الاب والوصي لا يملكانه مع انه بيع لان ولايتهما نظرية
ولا نظر فيه والمقايضة شرى من كل وجه وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما

قال والوكيل بالشرى يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس
بمثلها ولا يجوز بما لا يتغابن في مثلها لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه
لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه بغيره على ما مر حتى لو كان وكيلا بشرى شيء بعينه

فالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوجه
امراة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا بد من الاضافة الى الموكل في العقد فلا
تتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشرى لانه يطلق العقد **قال** والذي
لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل في العروض ده نيم وفي
الحيوانات ده يازده وفي العقارات ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده
في الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف

قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة لان اللفظ مطلق
عن قيد الافتراق والاجتماع الا ترى انه لو باع الكل بثمن النصف يجوز عنده
فاذا باع النصف به اولى وقالا لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة
الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة
الى الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي
قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة واذا لم يبع ظهر انه لم يقع وسيلة
فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشرى عبد فاشترى نصفه فالشرا
موقوف فان اشترى باقيه لزم الموكل لان شرى البعض قد يقع وسيلة الى
الامتثال بان كان موروثا بين جماعة فيحتاج الى شراه شقصا شقصا
فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر البيع تبين انه وسيلة فينفذ على الآمر وهذا
بالاتفاق والفرق لابي حنيفة ان في الشرى يتحقق التهمة على ما مر وآخر

ان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشرى صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه وقبض الثمن او لم يقبض فرده عليه المشترى بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باباء يمين او باقرار فانه يرده على الامر لان القاضي تيقن بحدوث العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجج وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث في مدة شهر مثلا لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع فيحتاج الى هذه الحجج لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء والاطباء وقولهن وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها في الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهر لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة قال وكذلك ان رده عليه بعيب يحدث مثله ببينة او باباء يمين لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسته المبيع فيلزم الامر قال فان كان ذلك باقراره لزم المامور لان الاقرار حجة قاصرة وهو غير مضطر اليه لامكانه السكوت والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بائعه لانه بيع جديد في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار فمن حيث الفسخ

كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة الروايات ليس له ان يخاصم الموكل لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفالة باطول من هذا قال ومن قال لاخر امرتك ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المامور امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول الامر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب ورب المال فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا ترى انه يملك التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع اخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فنزل الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم قال ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والكفالة توثق والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل بالبيع يقبض اصالة ولهذا

لا يملك الموكل حجره عنه. فصل وإذا وكل وكيلين فليس
لأحدهما أن يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه إلى الرأي
كالبيع والخلع وغير ذلك لأن الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما والبدل وإن كان
مقدراً لكن التقدير لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال
إلا أن يوكلهما بالخصومة لأن الاجتماع فيها متعذر للإفضاء إلى الشغب في مجلس
القضاء والرأي يحتاج إليه سابقاً لتقويم الخصومة قال أو بطلاق زوجته
بغير عوض أو بعتق عبده بغير عوض أو برد وديعة عنده أو قضاء دين عليه لأن
هذه الأشياء لا يحتاج فيها إلى الرأي بل هو تعبير محض وعبارة المثنى والواحد
سواء وهذا بخلاف ما إذا قال لهما طلقاها إن شئتما أو قال أمرها بأيديكما لأنه
تفويض إلى رأيهما ألا ترى أنه تمليك مقتصر على المجلس ولأنه علق الطلاق بفعلهما
فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل به لأنه فوض إليه
التصرف دون التوكيل به وهذا لأنه رضي برأيه والناس متفاوتون في الآراء
قال إلا أن يأذن له الموكل لوجود الرضا أو يقول له اعمل برأيك لإطلاق التفويض
إلى رأيه وإذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلاً عن الموكل حتى لا يملك الأول
عزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الأول وقد مر نظيره في أدب القاضي
قال فإن وكل بغير إذن موكله فعقد وكيله بحضرته جاز لأن المقصود حضور
رأي الأول وقد حضر وتكلموا في حقوقه وإن عقد في حال غيبته لم يجز لأنه فات رأيه

إلا أن يبلغه فيجيزه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فأجازه لأنه حضر رأيه ولو
قدر الأول الثمن للثاني فعقد بغيبته يجوز لأن الرأي يحتاج فيه لتقدير الثمن
ظاهراً وقد حصل وهذا بخلاف ما إذا وكل وكيلين وقدر الثمن لأنه لما فوض
إليهما مع تقدير الثمن ظهر أن غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري
على ما بيناه أما إذا لم يقدر الثمن وفوض إلى الأول كان غرضه رأيه في معظم
الأمر وهو التقدير في الثمن قال وإذا زوج المكاتب أو العبد أو الذمي ابنته
وهي صغيرة حرة مسلمة أو باع أو اشترى لها لم يجز معناه التصرف في مالها لأن
الرق والكفر يقطعان الولاية ألا ترى أن المرقوق لا يملك نكاح نفسه فكيف
يملك إنكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل شهادته عليه ولأن
هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض إلى القادر المشفق ليتحقق معنى النظر والرق
يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا يفوض إليهما قالوا
[illegible] والمرتد إذا قتل على ردته والحربي كذلك لأن الحربي أبعد من الذمي فأولى
بسلب الولاية وأما المرتد فتصرفه في ماله وإن كان نافذاً عندهما لكنه موقوف
على ولده ومال ولده بالإجماع لأنها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي
مترددة ثم تستقر جهة الانقطاع إذا قتل على الردة فيبطل وبالإسلام يجعل
كأنه لم يزل مسلماً فيصح

باب الوكالة بالخصومة والقبض

والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض خلافاً لزفر هو يقول رضي بخصومته

والقبض غير الخصومة ولم يرض به لنا ان من ملك شيئا ملك اتمامه
واتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر
لظهور الخيانة في الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال
ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض على اصل الرواية لانه في معناه
وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على ان لا يملك
قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما
لا بامانة احدهما واجتماعهما على القبض ممكن بخلاف الخصومة على ما مر
قال والوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة حتى لو اقيمت
عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل عنده وقالا لا يكون خصما
وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان القبض غير الخصومة وليس كل من يؤتمن
على المال يهتدي في الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور
الا انه جعل استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة
والرجوع في الهبة والوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه
باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض كما يكون خصما قبل الاخذ هنالك
والوكيل بالشراء لا يكون خصما قبل مباشرة الشراء وهذا لان المبادلة
تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض

العين

العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة
فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده
البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب وهذا استحسان
والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم فلم تعتبر وجه
الاستحسان انه خصم في قصر يده لقيامه مقام الموكل في القبض فتقصر يده ولكن
لم يثبت البيع حتى لو حضر الغائب تعاد البينة على البيع فصار كما اذا اقام
البينة على ان الموكل عزله عن ذلك فانها تقبل في قصر يده كذا هذا قال وكذلك
العتاق والطلاق وغير ذلك ومعناه اذا اقامت المراة البينة على الطلاق
والعبد والامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل في قصر يده حتى يحضر الغائب
استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على
موكله عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة
ومحمد استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه عند غير
القاضي ايضا وقال زفر والشافعي لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا
وهو القياس لانه مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه
مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح
اذا استثنى الاقرار وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة
ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى ووجه الاستحسان ان التوكيل

صح قطعا وصحته بيننا وله ما يملكه قطعا وذكر مطلق الجواب دون احدهما
عيناً وطريق المجاز موجود على ما نبينه فتصرف اليه تحريا للصحة قطعا
ولو استثنى الاقرار فعن ابي يوسف انه لا يصح لانه لا يملكه وعن محمد انه يصح
لان للتنصيص زيادة دلالة على ملكه اياه وعند الاطلاق يحمل على الاولى
وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا
عليه ويخير الطالب فيه فبعد ذلك يقول ابو يوسف ان الوكيل قائم مقام الموكل
واقراره لا يختص بمجلس القضاء فكذا اقرار نائبه وهما يقولان ان
التوكيل تناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في مجلس
القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه
سبب له لان الظاهر اتيانه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص
به لكن اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج من الوكالة
حتى لا يؤمر بدفع المال اليه لانه صار مناقضا فصار كالاب او الوصي اذا
اقر في مجلس القضاء لا يصح ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن
رجل فوكله صاحب المال بقبضه عن الغريم لم يكن وكيلا في ذلك ابدا
لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا لنفسه في ابراء ذمته فانعدم
الركن ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه امينا ولو صححناها لا يقبل
لكونه مبرئا نفسه فتنعدم بانعدام لازمه وهو نظير عبد مديون اعتقه

مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب
بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى انه وكيل الغائب
في قبض دينه فصدقه الغريم امر بتسليم الدين اليه لانه اقرار على نفسه لان
ما يقبضه خالص ماله فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا
لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة والقول في ذلك قوله مع يمينه
فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان غرضه من الدفع
براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع
عليه لانه بتصديقه اعترف انه محق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ و
المظلوم لا يظلم غيره قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان المأخوذ
ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح
بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة
ودفعه اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم رجع الغريم على الوكيل
لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفعه اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاؤه
رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما قلناه
وفي الوجوه كلها ليس له ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى
صار حقا للغائب اما ظاهرا او محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء
الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض

ليس له ان ينقضه ما لم يقع الياس عن غرضه قال ومن قال اني وكيل
بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه لانه اقر له بمال الغير
بخلاف الدين على ما مر ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة له ميراثا
لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته
فقد اتفقا على انه مال الوارث ولو ادعى انه اشترى الوديعة من صاحبها
وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير
لانه من اهله فلا يصدق في دعوى البيع عليه قال فان كان وكل وكيلا
بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال قد استوفاه فانه يدفع اليه
المال لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت بمجرد دعواه فلا يؤخر
الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه ولا يستحلف
الوكيل لانه نايب قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البايع
رضى المشتري لم ترد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطا عند نكوله وهنا
غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطا عند
ابي حنيفة كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد
فاما عندهما قالوا يجب ان يتحد الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر
لان التدارك ممكن عندهما ببطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف

ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر النظر حتى يستحلف المشتري لو كان
حاضرا من غير دعوى البايع فينتظر للنظر قال ومن دفع الى آخر عشرة
دراهم ينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة لان
الوكيل بالانفاق وكيل بالشرى والحكم فيه ما ذكرناه وقد قررناه
فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له ذلك ويصير
متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشرى فاما
الانفاق يتضمن الشرى فلا يدخلانه

باب عزل الوكيل

قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله
ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب
من جهة الطالب لما فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها
عقد الرهن قال فان لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى
يعلم لان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته او من حيث رجوع
الحقوق اليه فينقد من مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه فيتضرر به
ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا اشتراط
العدد والعدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت
الموكل وجنونه جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل
تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم الابتداء فلا بد من قيام الامر وقد بطل

بهذه العوارض. وشرط ان يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء.
وحد المطبق شهر عند ابي يوسف اعتبارا بما يسقط به الصوم. وعنه انه
اكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات الخمس فصار كالميت. و
قال محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به احتياطا.
قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رح لان تصرفات
المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته فان اسلم نفذ وان قتل او لحق
بدار الحرب بطلت الوكالة فاما عندهما تصرفاته نافذة فلا تبطل
وكالته الا ان يموت او يقتل او يحكم بلحاقه وقد مر في السير. وان
كانت الموكلة امرأة فارتدت فالوكيل على وكالته حتى تموت او
تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها على ما عرف. قال
واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان
فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا
ان بقاء الوكالة يعتمد قيام الامر وقد بطل بالحجر والعجز والافتراق.
ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا عزل حكمي فلا يتوقف على العلم
كالوكيل بالبيع اذا باع الموكل. قال واذا مات الوكيل او جن جنونا
مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته وان لحق
بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه

وهذا عند محمد واما عند ابي يوسف لا تعود الوكالة له ان الوكالة
اطلاق لانه رفع المانع اما الوكيل يتصرف بمعان قائمة به وانما
عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد
وكيلا ولابي يوسف انه اثبات ولاية التنفيذ لان ولاية اصل التصرف
باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات وبطلت
الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر. ولو عاد الموكل مسلما وقد
لحق بدار الحرب مرتدا لا تعود الوكالة في الظاهر. وعن محمد انها تعود كما قال
في الوكيل. والفرق له على الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك و
قد زال وفي حق الوكيل على معنى قائم به ولم يزل باللحاق. قال ومن وكل
آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة. وهذا اللفظ ينتظم
وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه او كاتبه الموكل
بنفسه او يوكله بتزويج امرأة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله بطلاق
فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه
لانه لما تصرف بنفسه تعذر على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو
تزوجها بنفسه وابانها لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد
انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل وابانها له ان يزوج الموكل
لبقاء الحاجة. وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه بعيب

بعضا فعند ابي يوسف اذ ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه منع له
من التصرف فصار كالعزل وقال محمد له ان يبيعه مرة اخرى لان
الوكالة باقية لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا باع كله بالهبة فوهب
بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم
الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره فلم يكن دليل زوال الحاجة فان عاد اليه
قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعى عليه من يجبر ومعرفة الفرق
بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ
فيه فمنها ما قال في الكتاب وهو حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق
الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة
كذي اليد وقيل المدعي من يتمسك بغير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك
بالظاهر وقال محمد في الاصل المدعى عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن
الشان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا لان
الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة
فالقول قوله مع يمينه وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان
قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة
الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا

في يد المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة
والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول
لان النقل ممكن والاشارة ابلغ في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب
الحضور وعلى هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا
حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين
اذا انكره وسنذكره قال وان لم تكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعى معلوما
لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة
العين وقال الفقيه ابو الليث يشترط مع بيان القيمة ذكر الانوثة والذكورة
قال فان ادعى عقارا حدده وذكر انه في يد المدعى عليه وانه يطالبه به
لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التحديد فان العقار
يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم
ولا بد من ذكر الجد لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف هو الصحيح
ولو كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود فان ذكر ثلاثة من
الحدود يكتفى بها عندنا خلافا لزفر لوجود الاكثر بخلاف ما اذا غلط في الرابعة
لانه يختلف به المدعى ولا كذلك بتركها وكما يشترط التحديد في الدعوى يشترط
في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعى عليه لا بد منه لانه انما ينتصب
خصما اذا كان في يده وفي العقار لا يكتفى بذكر المدعي وتصديق المدعى عليه انه في يده

بل لا يثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي هو الصحيح نفيا لتهمة المواضعة
اذ العقار عساه في يد غيرهما بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة قوله
انه يطالبه به لان المطالبة حقه فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا
في يده او محبوسا بالثمن في يده وبالمطالبة يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا
في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه
يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن
لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا صحت الدعوى سأل المدعى عليه
عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضي عليه بها لان الاقرار موجب بنفسه
فيامره بالخروج عنه وان انكر سأل المدعي البينة لقوله عليه السلام ألك بينة فقال لا
فقال لك يمينه سأل ورتب اليمين على فقد البينة فلا بد من السؤال
ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضي بها لانتفاء التهمة عنها وان عجز
عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه لان
اليمين حقه الا ترى كيف اضيف اليه بحرف اللام

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة معناه
حاضرة في المصر وعند ابي يوسف يستحلف لان اليمين حقه بالحديث المعروف
فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز
عن اقامة البينة لما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة

في المجلس

في المجلس ومحمد مع ابي يوسف فيما ذكره الخصاف ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال
ولا ترد اليمين على المدعي لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قسم
والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين وليس وراء الجنس
شيء وفيه خلاف الشافعي قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق و
بينة الخارج اولى وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد
فيتقوى الظهور وصار كالنتاج والنكاح ودعوى الملك مع الاعتاق
او الاستيلاد او التدبير ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا او اظهارا
لان قدر ما اثبته اليد لا يثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل مطلق الملك
بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق واختيه وعلى
الولاء الثابت بها قال واذا نكل المدعى عليه عن اليمين قضي عليه بالنكول
والزمه ما ادعي عليه وقال الشافعي لا يقضى به بل يرد اليمين على المدعي فاذا
حلف يقضى به لان النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع
عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع الاحتمال ويمين المدعي
دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا او مقرا
اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن
نفسه فترجح هذا الجانب ولا وجه لرد اليمين لما قلنا قال وينبغي
للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت

علىك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو موضع الخفاء **قال**
فاذا كرر العرض ثلاث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار ذكره الخصاف
لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى
بالنكول بعد العرض مرة جاز لما قلنا هو الصحيح والاول اولى ثم
النكول قد يكون حقيقيا كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه
حكم الاول اذا علم انه لا آفة به من طرش او خرس هو الصحيح **قال**
وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة ولا يستحلف
عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب
والولاء والحدود واللعان وقالا يستحلف في ذلك كله الا في الحدود
واللعان فصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي وهذا
ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت
الى انكارها لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على
ما قدمناه فكان اقرارا او بدلا عنه والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه
اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات واللعان في معنى الحد ولابي حنيفة
انه بذل لان معه لا تبقى اليمين واجبة لحصول المقصود وانزاله
باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبذل لا يجري في هذه الاشياء
وفائدة الاستحلاف القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بذل لدفع

الخصومة فيملكه المكاتب والعبد الماذون بمنزلة الضيافة اليسيرة
وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه والبذل
هنا معناه ترك المنع وامر المال هين **قال** ويستحلف السارق فان
نكل ضمن ولم يقطع لان المنوط بفعله شيئان الضمان ويعمل فيه النكول
والقطع ولا يثبت به فصار كما اذا شهد عليه رجل وامرأتان **قال**
واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج فان نكل ضمن نصف
المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا سيما اذا
كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق لان
ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب
اذا ادعى حقا كالارث والحجر في اللقيط والنفقة وامتناع الرجوع
في الهبة لان المقصود هذه الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما
اذا كان يثبت باقراره كالاب والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة
لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير والمولى والزوج في حقهما
قال ومن ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف بالاجماع ثم ان نكل عن
اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى
يحلف او يقر وهذا عند ابي حنيفة وقالا لزمه الارش فيهما لان النكول
اقرار فيه شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب المال خصوصا اذا كان

امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اذا اقر بالخطاء والولي يدعي
العمد ولابي حنيفة ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البذل
بخلاف النفس فانه لو قال اقطع يدي فقطعها لا يجب الضمان وهذا اعمال
للبذل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة
فصار كقطع اليد للآكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في
النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس به كما في القسامة قال واذا
قال المدعي لي بينة حاضرة قيل لخصمه اعط كفيلا بنفسك ثلثة ايام كيلا
يغيب نفسه فيضيع حقه والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل
واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس
فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق عليه بمجرد الدعوى
حتى يعدى عليه ويحال بينه وبين اشغاله فيصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في
الظاهر بين الخامل والوجيه والحقير من المال والخطير ثم لا بد من
قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر حتى لو قال المدعي لا بينة
لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امر
بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا على الطريق فيلازمه مقدار
مجلس القاضي وكذا لا يكفل الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما

لان

لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك اضرارا به لمنعه عن
السفر ولا ضرر في هذا المقدار ظاهرا وكيفية الملازمة نذكرها في كتاب
الحجر ان شاء الله تعالى

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

واليمين بالله دون غيره لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف
بالله او ليذر وقد تؤكد بذكر اوصافه وهو التغليظ وذلك مثل قوله قل
والله الذي لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم
من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذي
ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله
ان ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان المستحق يمين
واحدة وان شاء القاضي لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ
على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في المال الخطير دون
الحقير قال ولا يستحلف بالطلاق ولا بالعتاق لما روينا وقيل في زماننا
اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين
بالله قال ويستحلف اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى عم
والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى عم لقوله عليه السلام لابن صوريا الاعور
انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم
هذا ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني نبوة عيسى فيغلظ

على كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه ويحلف المجوسي بالله الذي خلق النار

وهكذا ذكر محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة انه لا يستحلف احد الا بالله

خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو

اختيار بعض مشايخنا لان ذكر النار مع اسم الله تعظيما وما ينبغي ان

يعظم بخلاف الكتابين لان كتب الله معظمة والوثني لا يستحلف الا بالله

لان الكفرة باسرهم يعتقدون الله قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم

ليقولن الله قال ولا يحلفون في بيوت عبادتهم لان القاضي لا يحضرها

بل هو ممنوع عن ذلك قال ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان

ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل بدون ذلك وفي

ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وانه مدفوع قال

ومن ادعى انه ابتاع من هذا عبده بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع

قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد يباع العين ثم يقال فيه ويستحلف

في الغصب بالله ما يستحق عليك رده ولا يحلف بالله ما غصبت لانه قد

يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح صحيح قائم

في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك

الساعة بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد

بعد الابانة فيحلف على الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر المدعي

وهذا قول ابي حنيفة ومحمد اما على قول ابي يوسف يحلف في جميع ذلك على السبب الا

اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعى عليه

ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل فالحاصل هو

الاصل عندهما اذا كان سببا يرتفع برافع الا اذا كان فيه ترك النظر في

جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب بالاجماع وذلك مثل ان تدعي

مبتوتة نفقة والزوج ممن لا يراها او ادعى شفعة الجوار والمشتري

ممن لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت

النظر في حق المدعي وان كان سببا لا يرتفع برافع فالتحليف على

السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد

الكافر لانه يكرر الرق عليها وعلى العبد الكافر لانه يكرر الرق عليهما واللحاق بدار الحرب وعليه بنقض العهد

واللحاق ولا يكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه آخر

استحلف على علمه لانه لا علم له بما صنع المورث فيحلف على البتات وان وهب

له او اشتراه يحلف على البتات لوجود المطلق لليمين اذ الشراء سبب

لثبوت الملك وضعا وكذا الهبة قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى

يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو ماثور عن عثمان وليس

له ان يستحلف على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان في البيع

فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع
وادعى المشتري اكثر منه فاقام احدهما البينة قضى له بها لان في الجانب الاخر
مجرد الدعوى والبينة اقوى منها وان اقام كل واحد منهما بينة كانت
البينة المثبتة للزيادة اولى لان البينات للاثبات ولا تعارض
في الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى
في الثمن وبينة المشتري اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان
لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان ترضى بالثمن الذي ادعاه
البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه المشتري
من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه
لانه ربما لا يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان فان لم يتراضيا
استحلف الحاكم كل واحد منهما على دعوى الاخر وهذا التحالف قبل القبض
على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري ينكر والمشتري
يدعي وجوب تسليم المبيع بما نقد والبائع ينكر فكل واحد منهما منكر
فيحلف فاما بعد القبض فمخالف للقياس لان المشتري لا يدعي شيئا
لان المبيع سالم له فبقي دعوى البائع في زيادة الثمن والمشتري ينكره
فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص وهو قوله عم اذا اختلف المتبايعان
والسلعة قائمة تحالفا وترادا ويبتدى بيمين المشتري وهذا قول محمد

وابي يوسف آخرا وهو رواية عن ابي حنيفة وهو الصحيح لان المشتري اشدهما
انكارا لانه يطالب اولا بالثمن او لانه يتعجل فائدة النكول وهو
الزام الثمن ولو بدئ بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع الى زمان
استيفاء الثمن وكان ابو يوسف يقول اولا يبدا بيمين البائع لقوله عم
اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر واقل فائدته
التقديم وان كان بيع عين بعين او ثمن بثمن بدا القاضي بيمين ايهما
شاء لاستوائهما وصفة اليمين ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف
المشتري بالله ما اشتراه بالفين وفي الزيادات يحلف البائع بالله ما
باعه بالف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين
ولقد اشتراه بالف يضم الاثبات الى النفي تأكيدا والاصح الاقتصار على النفي
لان الايمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم
ولا علمتم له قاتلا قال فان حلفا فسخ القاضي بينهما البيع وهذا يدل
على انه لا ينفسخ بنفس التحالف لانه لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى
بيع مجهول فيفسخه القاضي قطعا للمنازعة او يقال اذا لم يثبت البدل يبقى بيعا
بلا بدل وهو فاسد ولا بد من الفسخ في فاسد البيع قال وان نكل احدهما
عن اليمين لزمه دعوى الاخر لانه جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى
الاخر فلزم القول بثبوته قال وان اختلفا في الاجل او في شرط الخيار

او في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه
والمعقود به فاشبه الاختلاف في الحط والابراء وهذا لان بانعدامه لا يختل
ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة
الاختلاف في القدر في جريان التحالف لان ذلك يرجع الى نفس الثمن فان
الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف الا ترى
ان الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والاجل
مع يمينه لانهما يثبتان بعارض الشرط والقول لمنكر العوارض قال
فان هلك المبيع ثم اختلفا لم يتحالفا عند ابي حنيفة وابي يوسف والقول قول المشتري
وقال محمد يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا
اذا خرج المبيع عن ملكه او صار بحال لا يقدر على رده بالعيب لهما ان
كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه والآخر ينكره وانه يفيد
دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما اذا اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة
ولابي حنيفة وابي يوسف ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس لما انه سلم
للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه يفضي
الى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولانه لا يبالي
بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وانما يراعى الفائدة ما يوجبه
العقد فلم يكن في معناه وفائدة دفع زيادة الثمن ليس من موجباته وهذا

اذا كان الثمن دينا فان كان عينا يتحالفان لان المبيع في احد الجانبين
قائم فيتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك ان كان له مثل او قيمته ان لم يكن
له مثل قال وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي
حنيفة الا ان يرضى البائع ان يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري مع يمينه عند ابي حنيفة الا ان يشاء البائع ان ياخذ
الحي ولا شيء له وقال ابو يوسف يتحالفان في الحي ويفسخ العقد في الحي والقول
قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد يتحالفان عليهما ويفسخ العقد ويرد
المشتري الحي وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك
البعض اولى ولابي يوسف ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
ولابي حنيفة ان التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي
اسم لجميع اجزائها فلا تبقى السلعة بفوات بعضها ولانه لا يمكن التحالف
في القائم الا على اعتبار حصته من الثمن فلا بد من القسمة على القيمة وهي
تعرف بالحزر والظن فيؤدي الى التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز الا
ان يرضى ان يترك حصة الهالك اصلا لانه حينئذ يكون الثمن كله بمقابلة القائم
ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ ويصرف
الاستثناء عندهم الى التحالف كما ذكرنا وقالوا ان المراد من قوله في الجامع
الصغير ياخذ الحي ولا شيء له معناه ان لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا

وقال بعض المشايخ يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري وانما لا يأخذ
الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف
لانه لما اخذ البائع بقول المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير
التحالف على قول محمد ما بيناه في القائم واذا حلفا ولم يتفقا على شيء فادعى
احدهما الفسخ او كلاهما يفسخ العقد بينهما ويأمر القاضي برد الباقي وقيمة
الهالك واختلفوا في تفسيره على قول ابي يوسف والصحيح ان يحلف المشتري
بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فان نكل لزمه دعوى البائع وان حلف يحلف
البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فان نكل لزمه دعوى
المشتري وان حلف يتفاسخان العقد في القائم ويسقط حصته من الثمن و
يلزم المشتري حصة الهالك ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وان
اختلفا في قيمة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وايهما اقام البينة تقبل
بينته وان اقاماها فبينة البائع اولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الاصل
اشترى عبدين وقبضهما ثم رد احدهما بالعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه
ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما
فان اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لان الثمن قد وجب باتفاقهما
ثم المشتري يدعي زيادة السقوط بنقصان قيمة الهالك والبائع ينكره والقول
للمنكر وان اقاما البينة فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا

لاثباتها

لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا الفقه وهو ان في الايمان يعتبر الحقيقة
لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فبني الامر عليها
والبائع منكر حقيقة فلهذا كان القول قوله وفي البينات يعتبر الظاهر
لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في حقهما والبائع
مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته ايضا وتترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر
وهذا يبين لك معنى ما ذكرناه من قول ابي يوسف قال ومن اشترى جارية
وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فانهما يتحالفان ويعود البيع
الاول ونحن ما اثبتنا التحالف فيه بالنص لانه ورد في البيع المطلق
والاقالة فسخ في حق المتعاقدين وانما اثبتناه بالقياس لان المسألة مفروضة
قبل القبض والقياس يوافقه على ما مر ولهذا نقيس الاجارة على البيع قبل
القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين فيما اذا استهلك المشتري
ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا تحالف عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا
لمحمد لانه يرى النص معلولا بعد القبض ايضا قال ومن اسلم عشرة دراهم
في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول المسلم اليه ولا يعود
السلم لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لانه اسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الاقالة في البيع الا ترى ان رأس مال السلم لو كان عرضا
فرده بالعيب وهلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم ولو كان ذلك

بحث اختلاف الزوجين في المهر

في بيع العين بعين والبيع بدين على الوفق بينهما قال واذا اختلف الزوجان
في المهر فادعى الزوج انه تزوجها بالف وقالت تزوجتني بالفين فايهما
اقام البينة تقبل بينته لانه نور دعواه بالحجة وان اقاما البينة فالبينة
بينة المراة لانها تثبت الزيادة معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما
ادعته وان لم يكن لهما بينة تحالفا عند ابي حنيفة ولا يفسخ النكاح لان
اثر التحالف في انعدام التسمية وانه لا يخل بصحة النكاح لان المهر تابع
فيه بخلاف البيع لان عدم التسمية يفسده على ما مر فيفسخ لكن يحكم مهر
المثل فان كان مثل ما اعترف به الزوج او اقل قضي بما قال الزوج لان
الظاهر شاهد له وان كان مثل ما ادعته المراة او اكثر قضي بما ادعت
المراة وان كان مهر المثل اكثر مما اعترف به الزوج واقل مما ادعت المراة
قضي لها بمهر المثل لانهما لما تحالفا لم تثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط
عنه قال رضي الله عنه ذكر التحالف اولا ثم التحكيم وهذا قول الكرخي
لان مهر المثل لا اعتبار له عند وجود التسمية وسقوط
اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ
بيمين الزوج عند ابي حنيفة ومحمد تعجيلا لفائدة النكول
كما في المشتري وتخريج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في
النكاح وذكرنا خلاف ابي يوسف فلا نعيده ولو ادعى الزوج

بحث الاجارة قبل الاستيفاء

النكاح على هذا العبد والمراة تدعيه على هذه الجارية فهو كالمسئلة
المتقدمة الا ان قيمة الجارية اذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها
دون عينها لان تملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت
القيمة قال وان اختلفا في الاجارة قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا
وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل لان التحالف في البيع
قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل قبض المنفعة
نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة
فان وقع الاختلاف في الاجرة يبدأ بيمين المستاجر لانه منكر
لوجوب الاجرة وان وقع في المنفعة يبدأ بيمين الموجر وايهما نكل
لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت بينته ولو اقاماها
فبينة الموجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع
فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد منهما فيما يدعيه
من الفضل نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة
يقضي بشهرين بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا
وكان القول قول المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ظاهر
لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد لان
الهلاك انما لا يمنع التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه

فان قيل قيام المعقود عليه شرط والمنفعة معدومة قلنا الدار اقيمت مقام المنفعة في حق ايراد العقد عليها فكانها قائمة تقديرا

بحث الاجارة بعد الاستيفاء

فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين حينئذ انه لا عقد واذا
امتنع التحالف فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه و
ان اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد
فيما بقي والقول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة
فساعة فيصير في كل جزء من المنفعة كان ابتداء العقد عليها
بخلاف البيع لان العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض
تعذر في الكل قال واذا اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة
لم يتحالفا عند ابي حنيفة وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول
الشافعي لانه عقد معاوضة يقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان
المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد والعبد يدعي استحقاق العتق
عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا
اختلفا في الثمن ولابي حنيفة ان البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد
والتصرف للحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا للعتق عند
الاداء فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا
يتحالفان قال واذا اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح
للرجال فهو للرجل كالعمامة لان الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء

فهو

فهو للمرأة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح لهما كالآنية
فهو للرجل لان المرأة وما في يدها في يد الزوج والقول في الدعاوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه و
لا فرق بين ما اذا كان الاختلاف في حال قيام النكاح او بعدما
وقعت الفرقة فان مات احدهما واختلفت ورثته مع الآخر فما
يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي دون الميت
وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يدفع الى المرأة
ما يجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر ان المرأة
تأتي بالجهاز وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض
لظاهره فيعتبر والطلاق والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم
وقال محمد ما كان للرجال فهو للرجل وما كان للنساء فهو للمرأة وما
يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة والطلاق والموت
سواء لقيام الورثة مقام المورث وان كان احدهما مملوكا فالمتاع
للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى وللحي بعد الممات لانه لا يد للميت
فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة وقالا العبد المأذون
في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات

فصل فيمن يكون خصما وفيمن لا يكون خصما

وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان الغائب او رهنه
عندي او غصبته منه واقام بينة على ذلك فلا خصومة بينه
وبين المدعي وكذا اذا قال آجرنيه او اعارنيه واقام البينة
لانه اثبت ببينته ان يده ليست بيد خصومة وقال ابن شبرمة
لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب لعدم الخصومة عنه ودفع
الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة شيئان ثبوت الملك للغائب
ولا خصم فيه فلم يثبت ودفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت
وهو كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من
قبل ولا تندفع الخصومة بدون اقامة البينة كما قال ابن ابي ليلى
لانه صار خصما بظاهر يده فهو باقراره يريد ان يحول حقا مستحقا
على نفسه فلا يصدق الا بحجة كما اذا ادعى تحول الدين من ذمته
الى ذمة غيره وقال ابو يوسف ان كان الرجل صالحا فالجواب كما قلنا وان
كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال من الناس
قد يدفع ماله الى مسافر يودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال
لابطال حق غيره فاذا اتهمه القاضي به لا يقبل ولو قال الشهود اودعه
رجل لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو
هذا المدعي ولانه ما احاله الى معين يمكن للمدعي اتباعه فلو اندفعت

لتفرد به المدعي ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه
فكذلك الجواب عند محمد للوجه الثاني وعند ابي حنيفة تندفع لانه اثبت
ببينته ان العين وصل اليه من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه
بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد خصومة وهو المقصود والمدعي هو
الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او ضيع شهوده وهذه مخمسة كتاب
الدعوى فقد ذكرنا الاقوال الخمسة ولو قال ابتعته من الغائب فهو خصم
لانه لما زعم ان يده يد مشترى اعترف بكونه خصما واذا قال المدعي
غصبته مني او سرقته لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد البينة
على الوديعة لانه انما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف
دعوى الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه
على غير ذي اليد ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال
صاحب اليد اودعنيه فلان واقام البينة لم تندفع الخصومة و
هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه
لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا قال غصب مني على ما لم يسم فاعله وهما
ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر انه هو الذي في يده
الا انه لم يعينه درءا للحد عنه شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار
كما اذا قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا حد فيه فلا يحترز عن كشفه

فان قال المدعي ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
ذلك سقطت الخصومة بغير بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره
فيكون وصولها الى يد ذي اليد من جهته فلم تكن يده يد خصومة الا ان يقيم
البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت ببينته كونه احق بامساكها

باب فيما يدعيه الرجلان قال

واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له واقاما
البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي في قول تهاترتا وفي قول يقرع
بينهما لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل
في حالة واحدة وقد تعذر التمييز فتتهاتران او يصار الى القرعة
لان النبي عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت تحكم بينهما ولنا حديث
تميم بن طرفة الطائي ان رجلين اختصما الى رسول الله عم في ناقة واقام
كل واحد منهما بينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في
ابتداء الاسلام ثم نسخ ولان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل
الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك والآخر اليد فصحت الشهادتان
فيجب العمل بهما ما امكن وقد امكن بالتنصيف اذ المحل يقبله وانما
ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد
منهما نكاح امرأة واقاما البينة لم يقض بواحدة من البينتين

لتعذر

لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك قال ويرجع الى تصديق
المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
اذا لم يوقتا البينتان فاما اذا وقتا فصاحب الوقت الاول اولى
وان اقرت لاحدهما قبل اقامة البينة فهي امرأته لتصادقهما وان اقام
الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو تفرد
احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى
آخر واقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول
قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل دونه الا ان يوقت شهود الثاني
سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كان المرأة في يد الزوج
ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال ولو
ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب
اليد واقام بينة فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد
بنصف الثمن وان شاء ترك لان القاضي يقضي بينهما لاستوائهما
في السبب فصار كالفضوليين اذا باع كل واحد منهما من رجل و
اجاز المالك البيعين يخير كل واحد منهما لانه تغير عليه شرط عقده
فلعل رغبته في تملك الكل فيرده ويأخذ كل الثمن وان قضى القاضي
به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن للآخر ان يأخذ جميعه

لانه صار مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه
بالبينة لولا بينة صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي
حيث يكون له ان يأخذ الجميع لانه يدعي الكل ولم ينفسخ ببينته ولو
ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما لانه اثبت الشراء في زمان
لا ينازعه فيه احد فاندفع الآخر به فان وقت احدهما ولم يوقت
الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر
ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع
احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لان تمكنه من قبضه يدل
على سبق شرائه ولانهما استويا في الاثبات فلا تنقض اليد الثابتة
بالشك وكذا لو ذكر الآخر وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان
قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق الدلالة قال وان ادعى
احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من صاحب اليد واقاما بينة
ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على
القبض وكذا الشراء والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض
والصدقة سواء حتى يقضى بينهما لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح
باللزوم لانه يرجع الى المآل والترجيح بمعنى قائم في الحال وهذا فيما

لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان الشيوع
طارئ وعند البعض لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع وصار
كاقامة البينتين على الارتهان وهذا اصح قال واذا ادعى احدهما
الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في
القوة فان كل واحد منهما عقد معاوضة يثبت الملك بنفسه
وهذا عند ابي يوسف وقال محمد الشراء اولى وعلى الزوج القيمة
لانه امكن العمل بالبينتين بتقديم الشراء اذ التزوج على عين
مملوك للغير صحيح ويجب قيمته عند تعذر تسليمه وان ادعى احدهما
رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما بينة فالرهن اولى و
هذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
لا يثبته وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون وبحكم
الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض لانه
بيع انتهاء والبيع اقوى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة
ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة فكان البيع
اولى فكذا الهبة بشرط العوض وان اقام الخارجان البينة على الملك
والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين
فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال ولو ادعيا الشراء

من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على التاريخين
فالاول اولى لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام
كل واحد منهما بينة على الشرى من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما
يثبتان الملك لبايعهما فيصير كانهما حضرا ثم يخير كل واحد منهما
كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى البينتين وقتا ولم توقت الاخرى
قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما لا يدل على تقدم الملك لجواز
ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البايع واحدا لانهما
اتفقا على ان الملك لا يتلقى الا من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم له حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره ولو ادعى احدهما الشرا
من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه
والرابع الصدقة والقبض من آخر واقاموا البينة قضي بينهم ارباعا
لانهم يتلقون الملك من مملكهم فيجعل كانهم حضروا واقاموا البينة
على الملك المطلق قال وان اقام الخارج البينة على ملك مؤرخ
وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا كان اولى وهذا عند ابي
حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد وعنه انه لا تقبل بينة ذي
اليد رجع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك ولم يتعرضا
لجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما ان البينة مع التاريخ

متضمنة معنى الدفع فان الملك اذا ثبت لشخص في وقت فثبوته
لغيره بعده لا يكون الا بالتلقي من جهته وبينة ذي اليد على الدفع
مقبولة وعلى هذا الاختلاف لو كانت الدار في ايديهما والمعنى ما بيناه
ولو اقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقتت احديهما
دون الاخرى فعلى قول ابي حنيفة ومحمد الخارج اولى وقال ابو يوسف
وهو رواية عن ابي حنيفة صاحب الوقت اولى لانه اقدم وصار كما
في دعوى الشرى اذا ارخت احديهما كان صاحب التاريخ اولى ولهما
ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع ولا دفع هنا حيث
وقع الشك في التلقي من جهته وعلى هذا اذا كانت الدار في ايديهما ولو
كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها فهما سواء عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف
الذي وقت اولى وقال محمد الذي اطلق اولى لانه ادعى اولية الملك بدليل
استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على البعض ولابي يوسف ان
التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت بيقين والاطلاق يحتمل غير الاولية
والترجيح باليقين كما لو ادعيا الشراء من واحد ولابي حنيفة ان التاريخ
يضامه احتمال عدم التقدم فيسقط اعتباره فصار كما لو قامت البينة على
ملك مطلق بخلاف الشراء لانه امر حادث فيضاف الى اقرب الاوقات فيترجح
جانب صاحب التاريخ قال وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما

بينة على النتاج فصاحب اليد أولى لان البينة قامت على ما لا تدل عليه اليد
فاستويا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح خلافا
لما يقوله عيسى ابن ابان انه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق القضاء
ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل واقاما البينة على النتاج عنده فهو بمنزلة
اقامتهما على النتاج في يد نفسه وإذا اقام احدهما البينة على الملك والآخر
على النتاج فصاحب النتاج اولى ايهما كان لان بينته قامت على اولية الملك
فلا يثبت للآخر الا بالتلقي من جهته وكذا اذا كانت الدعوى بين خارجين
فبينة النتاج اولى لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم اقام ثالث
البينة على النتاج يقضى له الا ان يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر
مقضيا عليه بتلك القضية وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على
النتاج تقبل وينقض القضاء لانه بمنزلة النص قال وكذا النسج في الثياب
التي لا تنسج الا مرة كغزل القطن وكذا كل سبب في الملك لا يتكرر لانه في معنى
النتاج كحلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد والمرعزى وجز الصوف
وان كان يتكرر قضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء
والغرس وزراعة الحنطة والحبوب فان اشكل يرجع الى اهل الخبرة
لانهم اعرف به فان اشكل عليهم قضى به للخارج لان القضاء ببينته
هو الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فاذا لم يعلم يرجع الى الاصل قال

وان اقام الخارج البينة على الملك المطلق وصاحب اليد البينة على الشراء
منه كان صاحب اليد اولى لان الاول وان كان يثبت اولية الملك فهذا تلقى
منه وفي هذا لا تنافي فصار كما اذا اقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه قال
وان اقام كل واحد منهما البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معهما تهاترت
البينتان وتترك الدار في يد ذي اليد قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعلى قول محمد رحمه الله يقضى بالبينتين وتكون للخارج
لان العمل بهما ممكن فيجعل كانه اشترى ذو اليد من الآخر وقبض ثم
باع لان القبض دلالة السبق على ما مر ولا نعكس الامر لان البيع قبل
القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما ان الاقدام على الشراء اقرار
منه بالملك للبائع فصار كانهما قامتا على الاقرارين وفيه التهاتر بالاجماع
كذا ههنا ولان السبب يراد لحكمه وهو الملك ولا يمكن القضاء لذي اليد الا
بملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وانه لا يفيده ثم لو شهدت
البينتان على نقد الثمن فالالف بالالف قصاص عندهما اذا استويا
لوجود قبض مضمون من كل جانب وان لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص
مذهب محمد للوجوب عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترتا
بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد لجواز كل واحد من البيعين
بخلاف الاول وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا

ووقت الخارج اسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كان الخارج اشترى اولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض عنده ثم يقضى على ملكه وان اثبتا قبضا يقضى لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين وان كان وقت صاحب اليد اسبق يقضى للخارج في الوجهين فيجعل كانه اشتراه ذو اليد وقبض ثم باع ولم يسلم او سلم ثم وصل اليه بسبب آخر قال وان اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلة بل بقوة فيها على ما عرف قال وان كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فسلم له واستوت منازعتهما في النصف الآخر فينتصف بينهما وقالا هي بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب بكل حقه سهمين وصاحب النصف يضرب بسهم واحد فتقسم بينهما اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واضداد لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناها في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء

لانه خارج في النصف فيقضى ببينته والنصف الذي في يده صاحبه لا يدعيه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له ولو لم ينصرف اليه دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال واذا تنازعا في دابة واقام كل واحد منهما البينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة يوافق احد التاريخين فهو اولى لان ظاهر الحال يشهد له فيترجح وان اشكل ذلك كانت بينهما لانه سقط التوقيت فصار كانهما لم يذكرا تاريخا وان خالف سن الدابة الوقتين بطلت البينتان كذا ذكره الحاكم الشهيد لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كانت في يده قال واذا كان العبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما بغصب والآخر بوديعة فهو بينهما لاستوائهما

فصل في التنازع بالايدي

التنازع في الدابة

قال واذا تنازعا في دابة احدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى بما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا راكبين حيث يكون بينهما لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل لاحدهما فصاحب الحمل اولى لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص

في الثوب

احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو بينهما

معناه لا عاطر بن الفضاء لان العود ليس بيد عليه فاستويا قال وإذا كان ثوب في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة فلا يوجب زيادة في الاستحقاق قال وإذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد للذي في يده لانه اقر بانه لا يد له على نفسه حيث اقر بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع بخلاف ما اذا كان يعبر فلو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه وللآخر عليه هرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والهرادي ليس بشيء لان صاحب الجذوع صاحب استعمال والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا شاهد ظاهر لصاحبه لان بعض بنائه على بعض بناء هذا الحائط وقوله الهرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للهرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لهما اصلا حتى لو تنازعا في حائط ولاحدهما عليه هرادي وليس للآخر شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد منهما

عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة وان كان عليه جذوع احدهما اقل من ثلثة فهو لصاحب الثلثة وللآخر موضع جذعه في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب الى الخشب بينهما وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفان لانه لا معتبر بالكثرة في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعمال من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق يده ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع فالاول اولى ويروى الثاني اولى لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى ووجه الاول ان الحائطين بالاتصال يصيران كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها الجرجاني قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة ابيات وفي يد الآخر بيت واحد فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال ولو ادعى الرجلان ارضا

يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر
احضارها وما غاب من علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما
البينة جعلت في يده لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان حلفا
لغيرهما فلا نستحق لاحدهما من غير حجة وان اقاما البينة جعلت في
ايديهما لقيام الحجة لكل منهما وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى
او حفر فهي في يده لوجود التصرف والاستعمال فيها

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من يوم باع فهو ابن البائع وامه ام ولد له ويفسخ البيع ويرد
الثمن وفي القياس وهو قول زفر والشافعي دعوته باطلة لان
البيع اعتراف منه بانه عبد فكان في دعواه متناقضا ولا تثبت
بدون الدعوة وجه الاستحسان ان اتصال العلوق بملكه
شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا ومبنى النسب
على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت الى
وقت العلوق فتبين انه باع ام ولده فيفسخ البيع لان بيع ام
الولد لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق واذا ادعاه المشتري

مع

مع دعوة البائع او بعده فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستنادها
الى وقت العلوق وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر
من سنتين من وقت البيع لم تصح دعوة البائع لانه لم يوجد
اتصال العلوق بملكه تيقنا وهو الشاهد والحجة الا اذا صدقه
المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل
البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة
العتق ولا حقه وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان
ان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت البيع ولاقل من
سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل
ان لا يكون العلوق في ملكه فلم يوجد الحجة فلا بد من تصديقه و
اذا صدقه يثبت النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد له
كما في المسئلة الاولى لتصادقهما واحتمال العلوق في ملكه وان مات
الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر لم يثبت
الاستيلاد في الام لانها تابعة للولد ولم يثبت نسبه بعد الموت لعدم
حاجته الى ذلك فلا يتبعه استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه
البائع وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر يثبت النسب في الولد
واخذه البائع لان الولد هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع



وانما كان الولد اصلا لانها تضاف اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية
من جهته لقوله عم اعتقها ولدها والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها
والادنى يتبع الاعلى ويرد الثمن كله في قول ابي حنيفة وقالا يرد حصة
الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه باع ام ولده وماليتها غير
متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها المشتري وعندهما متقومة
فيضمنها وفي الجامع الصغير واذا حبلت الجارية في ملك رجل فباعها
فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق المشتري الام فهو
ابنه ويرد عليه بحصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد
فدعواه باطلة ووجه الفرق ان الاصل في هذا الباب الولد والام
تابعة له على ما مر وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة والاستيلاد
وهو العتق في التبع وهو الام فلا يمتنع ثبوته في الاصل وهو الولد
وليس من ضروراته كما في الولد المغرور حر وامه امة لمولاها وكما في
المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام المانع بالاصل وهو الولد
فيمتنع ثبوته فيه وفي التبع وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل
النقض كحق استحقاق النسب وحق الاستيلاد فاستويا من هذا
الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية
وفي الولد للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة

الاعتاق

الاعتاق لانه لا يحتمل النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله
في الفصل الاول يرد عليه بحصته من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن
وهو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت قال ومن باع عبدا ولد عنده
وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول فهو ابنه ويبطل البيع
لان البيع يحتمل النقض وما له من حق الدعوة لا يحتمله فينتقض البيع
لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها
او زوجها ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينتقض ذلك
كله وتصح الدعوة بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه
المشتري اولا ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب
الثابت من المشتري لا يحتمل النقض فصار كاعتاقه قال ومن ادعى
نسب احد التوأمين ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد فمن ضرورة
ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين ولدان بين
ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا
حبل لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان
ولدا عنده فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما
ابناه وبطل عتق المشتري لانه لما ثبت نسب الولد الذي عنده لمصادفة
العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة مفروضة فيه ثبت به حرية الاصل فيثبت
فيه

نسب الآخر وحرية الأم فيبطل ضرورة لانهما توأمان فيتبين ان عتق المشتري
وشراءه لاقى حر الاصل فيبطل بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل
العتق فيه مقصودا لحق دعوة البائع وهنا يبطل تبعا لحرية الأصل
فافترقا ولو لم يكن اصل العلوق في ملكه يثبت نسب الذي عنده ولا ينقض البيع
فيما باع لان هذه دعوة تحرير لانعدام شاهد الاتصال فيقتصر على محل
ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال هو ابن عبدي فلان الغائب ثم
قال هو ابني لم يكن ابنه ابدا وان جحد العبد ان يكون ابنه وهذا عند ابي حنيفة
وقالا اذا جحد العبد فهو ابن المولى وعلى هذا الخلاف اذا قال هو ابن فلان
ولد على فراشه ثم ادعاه لنفسه لهما ان الاقرار ارتد برد العبد فصار
كأن لم يكن الاقرار والاقرار بالنسب يرتد بالرد وان كان مما لا يحتمل
النقض الا يرى انه يعمل فيه الاكراه والهزل فصار كما اذا اقر المشتري على
البائع باعتاق المشتري فكذبه البائع ثم قال انا اعتقته يتحول الولاء
اليه بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعي بعد ذلك نسبا ثابتا من الغير وبخلاف
ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه
فيصير كولد الملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لان له ان يكذب
نفسه ولابي حنيفة ان النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار
بمثله لا يرتد بالرد فبقي فيمتنع دعوته كمن شهد على رجل بنسب صغير فردت

شهادته لتهمة ثم ادعاه لنفسه وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى
لو صدقه بعد التكذيب يثبت النسب منه وكذا تعلق به حق الولد فلا
يرتد برد المقر له ومسألة الولاء على هذا الخلاف ولو سلم فالولاء قد يبطل
باعتراض الاقوى كجر الولاء من جانب الام الى قوم الاب وقد اعترض على
الولاء الموقوف ما هو اقوى وهو دعوى المشتري فيبطل به بخلاف النسب على
ما مر وهذا يصلح مخرجا على اصله فيمن يبيع الولد ويخاف عليه الدعوة
منه بعد ذلك فيقطع دعواه باقراره بالنسب لغيره قال واذا كان الصبي
في يد مسلم ونصراني فقال النصراني هو ابني وقال المسلم هو عبدي فهو ابن
النصراني وهو حر لان الاسلام مرجح فيستدعي تعارضا ولا تعارض
لان نظر الصبي في هذا اوفر لانه ينال شرف الحرية حالا وشرف الاسلام مآلا
اذ دلائل الوحدانية ظاهرة وفي عكسه الحكم بالاسلام تبعا وحرمانه عن
اكتسابها لانه ليس في وسعه اكتسابها ولو كانت دعواهما دعوة البنوة
فالمسلم اولى ترجيحا للاسلام وهو اوفر النظرين قال واذا ادعت امرأة
صبيا انه ابنها لم تجز دعواها حتى تشهد امرأة على الولادة ومعنى المسألة ان
تكون المرأة ذات زوج لانها تدعي تحميل النسب على الغير فلا تصدق الا بحجة
بخلاف الرجل لانه يحمل نفسه النسب ثم شهادة القابلة كافية فيها لان
الحاجة الى تعيين الولد اما النسب فيثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام

قبل شهادة القابلة على الولادة ولو كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند
ابي حنيفة وقد مر في كتاب الطلاق وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا
يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فان كان لها زوج
وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تشهد امراة لانه التزم
نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم الزوج انه ابنه من
غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر ان الولد منهما لقيام
ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل منهما يريد ابطال حق صاحبه فلا يصدق
عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما هو بيني وبين رجل
آخر غير صاحبه يكون الثوب بينهما الا ان هناك يدخل المقر له في نصيب المقر
لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها قال ومن اشترى
جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم
لانه ولد المغرور فان المغرور من يطا امراة معتمدا على ملك يمين او
نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر بالقيمة باجماع الصحابة ولان
النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حر الاصل في حق ابيه رقيقا في حق
مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه فلا يضمنه الا بالمنع
كما في ولد المغصوبة فلهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة لانه يوم المنع ولو
مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس

ببدل

ببدل عنه والمال للاب لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب
يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فاخذ ديته لان سلامة بدله
له كسلامته ومنع بدله كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة
الولد على بائعه لانه ضمن له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه
لاستيفاء منافعها فلا يرجع به على البائع

كتاب الاقرار

واذا اقر الحر البالغ العاقل بحق لزمه اقراره مجهولا كان او معلوما اعلم
ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة الا ترى كيف
الزم رسول الله عم ماعزا الرجم باقراره وتلك المراة باعترافها وهو حجة
قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه ويشترط الحرية ليصح اقراره
مطلقا فان العبد المأذون له وان كان ملحقا بالحر في حق الاقرار لكن
المحجور عليه لا يصح اقراره بالمال ويصح في الحدود والقصاص لان اقراره
عهد موجبا لتعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف
المأذون له لانه مسلط عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبقى
على اصل الحرية في ذلك حتى لا يصح اقرار المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ
والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم لانعدام اهلية الالتزام الا اذا
كان الصبي مأذونا له لانه ملحق بالبالغ بحكم الاذن وجهالة المقر به لا تمنع
صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري قيمته او يجرح

جراحة لا يعلم ارشه او تبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه والاقرار
اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة في المقر له لان المجهول
لا يصلح مستحقا ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا
اعتق احد عبديه فان لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج
عما لزمه بصحيح اقراره وذلك بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين
ما له قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بين
غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان ادعى المقر له اكثر
من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما بينا وكذا لو قال
غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما يجري فيه التمانع تعويلا على العادة وفي
لو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه هو المجمل ويقبل قوله
في القليل والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق
في اقل من درهم لانه لا يعد مالا عرفا ولو قال مال عظيم لم يصدق في اقل
من مائتي درهم لانه اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب
عظيم حتى اعتبر صاحبه غنيا به والغني عظيم عند الناس وعن ابي حنيفة انه
لا يصدق في اقل من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حتى يقطع
به اليد المحترمة وعنه مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدنانير فالتقدير
فيها بالعشرين وفي الابل بخمسة وعشرين لانه ادنى نصاب يجب فيه من جنسه

وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال اموال عظام فالتقدير
بثلاثة نصب من جنس ما سماه اعتبارا لادنى الجمع ولو قال دراهم
كثيرة لم يصدق في اقل من عشرة وهذا عند ابي حنيفة رح وعندهما لم يصدق
في اقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر حتى وجب عليه مواساة
غيره بخلاف ما دونه وله ان العشرة اقصى ما ينتهي اليه اسم الجمع يقال عشرة
دراهم ثم يقال احد عشر درهما فيكون هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه
ولو قال دراهم فهي ثلثة لانها اقل الجمع الصحيح الا ان يبين اكثر منها لان
اللفظ يحتمله وينصرف الى الوزن المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق
في اقل من احد عشر درهما لانه ذكر عددين مبهمين ليس بينهما حرف العطف
واقل ذلك من المفسر احد عشر ولو قال كذا وكذا درهما لم يصدق في اقل من
احد وعشرين لانه ذكر عددين مبهمين بينهما حرف العطف واقل ذلك
من المفسر احد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما
فهو درهم لانه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير
له سواه وان ثلث بالواو فمائة واحد وعشرون وان ربع يزاد عليها
الف لان ذلك نظيره وان قال له علي او قبلي فقد اقر بالدين لان علي صيغة
ايجاب وقبلي ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو
وديعة ووصل صدق لان اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه

والمال حال فيصدق موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه في نسخ المختصر
في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ ينتظمهما حتى صار قوله لا حق لي قبل
فلان ابراء عن الدين والامانة جميعا والامانة اقلهما والاول اصح ولو قال
عندي او معي او في بيتي او في كيسي او في صندوقي فهو اقرار بالامانة في يده لان
كل ذلك اقرار بكون الشيء في يده وذلك يتنوع الى مضمون وامانة فيثبت اقلهما
واذا قال له رجل لي عليك الف فقال اتزنها او انتقدها او اجلني بها او قد قضيتكها
فهو اقرار لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى فكانه قال
اتزن الالف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون اقرارا لعدم انصرافه
الى المذكور والتأجيل انما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب وفي
دعوى الابراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لان التمليك يقتضي
سابقة الوجوب وكذا لو قال احلتك بها على فلان لانه تحويل الدين قال ومن
اقر بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل لزمه الدين حالا لانه
اقر على نفسه بمال وادعى حقا لنفسه فيه فصار كما اذا اقر بعبد في يده وادعى
الاجارة بخلاف الاقرار بالدراهم السود لانه صفة فيه وقد مرت المسألة
في الكفالة قال ويستحلف المقر له على الاجل لانه منكر حقا عليه واليمين على
المنكر ولو قال له علي مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه
ثوب واحد والمرجع في تفسير المائة اليه وهو القياس في الاول وبه قال الشافعي

لان المائة مبهمة والدرهم معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير
لها فبقيت المائة على ابهامها كما في الفصل الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق
انهم استثقلوا ذكر الدرهم في كل عدد واكتفوا بذكره عقيب العددين
وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجوب لكثرة اسبابه وذلك في الدراهم
والدنانير والمكيل والموزون اما الثياب وما لا يكال ولا يوزن لا
يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة وكذا اذا قال مائة وثوبان لما بينا بخلاف
ما اذا قال مائة وثلاثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا
اذ الاثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف اليهما لاستوائهما في الحاجة الى
التفسير فكان كلها ثيابا قال ومن اقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة
وفسره في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه ان القوصرة
وعاء له وظرف له وغصب الشيء وهو مظروف لا يتحقق بدون الظرف
فيلزمانه وكذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما اذا قال غصبت
من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون اقرارا بغصب المنزوع قال
ومن اقر بدابة في اصطبل لزمه الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون
بالغصب عند ابي حنيفة وابي يوسف وعلى قياس قول محمد يضمنهما ومثله الطعام
في البيت قال ومن اقر لغيره بخاتم لزمه الحلقة والفص لان اسم الخاتم يشمل الكل
ومن اقر له بسيف فله النصل والجفن والحمائل لان اسم السيف يشمل الكل ومن

اقر بجلالة فله الجلال والكسوة لانطلاق الاسم على الكل عرفا وان قال غصبت
ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب يلف فيه وكذا لو قال على ثوب
في ثوب لانه ظرف بخلاف قوله درهم في درهم حيث يلزمه واحد لانه ضرب لا ظرف ولو قال
ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب واحد عند ابي يوسف وقال محمد يلزمه احد عشر ثوبا لان
النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف
ان كلمة في يستعمل في البين والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي اي بين عبادي
فوقع الشك والاصل براءة الذمة على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله
على الظرف فتعين الاول محملا ولو قال لفلان على خمسة في خمسة يريد الضرب
والحساب لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وعن حسن انه يلزمه خمسة وعشرون
وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال اردت خمسة مع خمسة لزمه عشرة لان اللفظ يحتمله
ولو قال له على من درهم الى عشرة او ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة عند
ابي حنيفة فيلزمه الابتداء وما بعده ويسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة
كلها فتدخل الغايتان وقال زفر يلزمه ثمانية ولا تدخل الغايتان ولو قال
له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط فله ما بينهما وليس له من الحائطين
شيء وقد مر تقريره في الطلاق

فصل ومن قال لحمل فلانة على
الف درهم فان قال اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر
بسبب صالح لثبوت الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار

لزمه

لزمه وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته
لانه اقرار في الحقيقة لهما وانما ينتقل الى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل
ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما ولو قال المقر باعني او اقرضني
لم يلزمه شيء لانه بين سببا مستحيلا قال وان ابهم الاقرار لم يصح عند
ابي يوسف وقال محمد يصح لان الاقرار من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل
على السبب الصالح ولابي يوسف ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة
ولهذا حمل اقرار العبد المأذون واحد المتفاوضين عليه فيصير كما اذا
صرح به قال ومن اقر بحمل جارية او حمل شاة لرجل صح اقراره ولزمه
لان له وجها صحيحا وهو الوصية به من جهة غيره فحمل عليه ومن اقر
بشرط الخيار بطل الشرط لان الخيار لا يليق بالاخبار ولانه لا يتغير بالخيار
ولانه للفسخ والاخبار لا يحتمله ولزمه المال لوجود الصيغة الملزمة
ولم ينعدم بهذا الشرط الباطل

باب الاستثناء وما في معناه

قال ومن استثنى متصلا باقراره صح الاستثناء
ولزمه الباقي لان الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي لكن لا بد من الاتصال
وسواء استثنى الاقل او الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وبطل الاستثناء
لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر الوجه
في الطلاق ولو قال له على مائة درهم الا دينارا او الا قفيز حنطة لزمه مائة درهم

الا فيه الدينار والقفيز في هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف ولو قال له علي مائة
درهم الا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد لا يصح فيهما وقال الشافعي يصح فيهما
لمحمد ان الاستثناء ما لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس
وللشافعي انهما اتحدا جنسا من حيث المالية ولهما ان المجانسة في الاول ثابتة
من حيث الثمنية اما الدينار فظاهر واما المكيل والموزون فاوصافهما اثمان اما
الثوب فليس بثمن اصلا ولهذا لا يجب بمطلق عقد المعاوضة وما يكون
ثمنا صلح مقدرا للدراهم فصار بقدره مستثنى من الدراهم وما لا يكون ثمنا
لا يصلح مقدرا فبقي الاستثناء من الدراهم مجهولا فلا يصح قال ومن اقر بحق
وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار لان الاستثناء بمشيئة الله
اما ابطال او تعليق فان كان الاول فقد بطل وان كان الثاني فكذلك
اما لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط او لانه شرط لا يوقف عليه كما ذكرنا
في الطلاق بخلاف ما اذا قال لفلان علي مائة درهم اذا مت او اذا جاء راس
الشهر او اذا افطر الناس لانه في معنى بيان المدة فيكون تاجيلا لا تعليقا
حتى لو كذبه المقر له في الاجل يكون المال حالا قال ومن اقر بدار واستثنى
بناءها لنفسه فللمقر له الدار والبناء لان البناء داخل فيه معنى لا لفظا
والاستثناء تصرف في الملفوظ والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير
البناء في الدار لانه يدخل فيه تبعا لا لفظا بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او الا

بيتا منها لانه داخل فيه لفظا ولو قال بناء هذه الدار لي والعرصة لفلان
فهو كما قال لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فكانه قال
بياض هذه الدار دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة ارضا
حيث يكون البناء للمقر له لان الاقرار بالارض اقرار بالبناء كالاقرار بالدار
ولو قال له علي الف درهم من ثمن عبد اشتريته منه ولم اقبضه فان ذكر
عبدا بعينه قيل للمقر له ان شئت فسلم العبد وخذ الالف والا فلا شيء لك
قال رضي الله عنه هذا على وجوه احدها هذا وهو ان يصدقه ويسلم العبد وجوابه
ما ذكرنا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة والثاني ان يقول المقر له
العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا غير هذا وفيه المال لازم على المقر
لاقراره به عند سلامة العبد له وقد سلم ولا يبالي باختلاف السبب بعد
حصول المقصود والثالث ان يقول العبد عبدي ما بعتك وحكمه ان لا يلزم
المقر شيء لانه ما اقر بالمال الا عوضا عن العبد فلا يلزمه دونه ولو
قال مع ذلك انما بعتك غيره يتحالفان لان المقر يدعي تسليم من عينه
والاخر ينكره والمقر له يدعي عليه الالف ببيع غيره والاخر ينكره واذا تحالفا
بطل المال هذا اذا ذكر عبدا بعينه وان قال من ثمن عبد اشتريته منه
لم يعينه لزمه الالف ولا يصدق في قوله ما قبضت عند ابي حنيفة وصل ام
فصل لانه رجوع فانه اقر بوجوب المال رجوعا الى كلمة علي وانكاره القبض

في غير المعين ينافي الوجوب اصلا لان الجهالة مقارنة كانت او طارية بان اشترى
عبدا ثم نسياه عند الاختلاط بامثاله توجب هلاك المبيع فيمتنع وجوب نقد
الثمن واذا كان كذلك كان رجوعا فلا يصح وان كان موصولا وقال ابو يوسف
ان وصل صدق ولا يلزمه شي وان فصل لم يصدق اذا انكر المقر له ان يكون
ذلك من ثمن مبيع وان اقر انه باعه متاعا فالقول قول المقر ووجه ذلك
انه اقر بوجوب المال عليه وبين سببا وهو البيع فان وافقه الطالب في السبب
وبه لا يتاكد الوجوب الا بالقبض والمقر ينكره فيكون القول قوله وان
كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لان صدر كلامه للوجوب
مطلقا وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم القبض والمغير يصح موصولا
لا مفصولا ولو قال ابتعت منه بيعا الا اني لم اقبضه فالقول قوله بالاجماع
لانه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الاقرار بوجوب الثمن قال ولو
قال من ثمن خمر او خنزير ومن المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم
من ثمن خمر او خنزير لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة وصل ام
فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا واول كلامه
للوجوب وقالا اذا وصل لا يلزمه شي لانه تبين باخر كلامه انه ما اراد
به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله قلنا ذلك تعليق
وهذا ابطال ولو قال له علي الف من ثمن متاع او قال اقرضني الف درهم

ثم قال هي زيوف او نبهرجة وقال المقر له جياد لزمه الجياد في قول ابي حنيفة
وقالا ان قال موصولا يصدق وان قال مفصولا لا يصدق وعلى هذا الخلاف
اذا قال هي ستوقة او رصاص وعلى هذا اذا قال الا انها زيوف وعلى هذا
اذا قال لفلان علي الف درهم زيوف من ثمن متاع لهما ان هذا بيان
مغير فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لان اسم الدراهم يحتمل
الزيوف بحقيقته والستوقة بمجازه الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان
بيانا مغيرا من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة وله
ان هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب
ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه وصار كما اذا قال بعتك معيبا
وقال المشتري بعتني سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من
الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا وقوله الا انها وزن خمسة
يصح استثناء لانه مقدار بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز
كاستثناء البناء في الدار بخلاف ما اذا قال لفلان علي كر حنطة من
ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي
السلامة عنها وعن ابي حنيفة في غير رواية الاصول في القرض انه يصدق في
الزيوف اذا وصل لان القرض يوجب مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في
الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد فانصرف مطلقه اليها

ولو قال لفلان علي الف درهم زيوف ولم يذكر البيع والقرض قيل يصدق
بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق لان مطلق الاقرار
ينصرف الى العقود لتعينها مشروعة لا الى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت
منه او قال اودعني الف درهم ثم قال هي زيوف او نبهرجة صدق وصل ام فصل
لان الانسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل
فيكون بيان النوع فيصح وان فصل ولهذا لو جاء برد المغصوب و
الوديعة بالمعيب كان القول له وعن ابي يوسف في الغصب انه لا يصدق فيه
مفصولا اعتبارا بالقرض اذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال
هي ستوقة او رصاص بعدما اقر بالغصب والوديعة ان وصل صدق و
ان فصل لم يصدق لان الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها
مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل وان قال في هذا كله الفا الا انه
ينقص كذا ان وصل صدق وان فصل لم يصدق لان هذا استثناء المقدار
والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لانه وصف واللفظ يتناوله
المقدار دون الوصف وهذا تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل
ضرورة انقطاع الكلام فهو واصل لعدم امكان الاحتراز عنه ومن اقر
بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب لا يختص بالسليم
ومن قال لآخر اخذت منك الفا وديعة فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا

فهو

فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة فقال غصبتنيها لم يضمن
والفرق ان في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما
يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني
اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب
فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء
فان قال قائل اعطاؤه والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون
بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة
فلا يظهر في انعقاده سببا للضمان وهذا بخلاف ما اذا قال اخذتها منك
وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ
لانهما توافقا هنالك على ان الاخذ كان بالاذن الا ان المقر له يدعي
سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكره فافترقا فان قال هذه الالف
كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي لي فانه يأخذها
لانه اقر باليد له ثم باستحقاقها عليه وهو منكر والقول للمنكر
ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال آجرت ثوبي
هذا فلانا فلبسه ورده فالقول له وهذا عند ابي حنيفة وقالا القول
قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف
الاعارة والاسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته

وقال فلان الثوب ثوبه فهو على هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه
في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق ان اليد في الاجارة والاعارة ضرورية
تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة
فلا يكون اقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد فيها مقصودة
والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد للمودع و
وجه آخر ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة فانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف
وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر
وهو الاجارة واخواته لانه ذكر الاخذ في وضع الطرف الآخر في كتاب الاقرار
ايضا وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه
او اقرضته الفا ثم اخذتها منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله
لان الديون تقضى بامثالها وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا
اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه
من الدين مقاصة والآخر ينكره اما هنا المقبوض عين ما ادعى
فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا ولو قال ان فلانا زرع هذه
الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر

فادعاها

فادعاها فلان وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت او فعلته
باجر فالقول للمقر لانه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون
ذلك في ملك المقر وصار كما لو قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لانه اقر بفعل منه
وقد يخيط ثوبا في يد المقر بان يكون في بيته كذا هنا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة
فدين الصحة والدين المعروف الاسباب مقدم وقال الشافعي دين
المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن
العقل والدين ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كانشاء
التصرف مبايعة ومناكحة ولنا ان الاقرار لا يعتبر دليلا اذا كان فيه
ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا
المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث بخلاف
النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل وبخلاف المبايعة
بمثل القيمة لان حق الغرماء تعلق بالمالية لا بالصورة وفي حالة الصحة
لم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب فيتحقق التثمير وهذه حالة
العجز وحالتا المرض حالة واحدة لانه حالة الحجر بخلاف حالتي الصحة والمرض

لان الاقرار حالة الاطلاق وهذه حالة الحجر فيفترقان وانما تقدم الديون
المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذ المعاين لا مرد له وذلك مثل
بدل مال ملكه او استهلكه او علم وجوبه بغير اقراره او تزوج امراة بمهر مثلها
وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم احدهما على الآخر لما بينا ولو
اقر بعين في يده لآخر لم يصح اقراره في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم
به ولا يجوز للمريض ان يقضي دين بعض الغرماء دون البعض لان
ايثار البعض ابطال حق الباقين وغرماء الصحة والمرض في ذلك
سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد ثمن ما اشترى في مرضه
وقد علم بالبينة قال فاذا قضيت يعني الديون المتقدمة وفضل
شيء يصرف الى ما اقر به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح وانما
رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال وان لم يكن
عليه ديون في صحته جاز اقراره لانه لم يتضمن ابطال حق الغير وكان
المقر له اولى من الورثة لقول عمر رضه اذا اقر المريض بدين جاز ذلك
عليه في جميع تركته ولان قضاء الدين من الحوائج الاصلية وحق الورثة
يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا يقدم حاجته في التكفين ولو اقر
المريض لوارثه لا يصح الا ان يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي في احد
قوليه يصح لانه اظهار حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه فصار كالاقرار

لاجنبي

لاجنبي وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه السلام
لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه
ولهذا يمنع من التبرع على الوارث اصلا ففي تخصيص البعض به ابطال
حق الباقين ولان حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق
الا ان هذا التعلق لم يظهر في حق الاجنبي لحاجته الى المعاملة في الصحة
لانه لو حجر عن الاقرار بالمرض لامتنع الناس عن المعاملة معه
وقلما تقع المعاملة مع الوارث ولم يظهر في حق الاقرار بوارث آخر لحاجته
ايضا ثم هذا التعلق حق بقية الورثة فاذا صدقوه فقد ابطلوه فيصح
اقراره قال وان اقر لاجنبي جاز وان احاط بماله لما بينا والقياس
ان لا يجوز الا في الثلث لان الشرع قصر تصرفه عليه الا انا نقول لما
صح اقراره في الثلث كان له التصرف في الثلث الباقي لانه الثلث بعد الدين
ثم وثم حتى ياتي على الكل قال ومن اقر لاجنبي بمال ثم قال هو ابني ثبت نسبه
منه وبطل الاقرار فان اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها
ووجه الفرق ان دعوى النسب تستند الى وقت العلوق فتبين انه اقر
لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان التزوج
فبقي اقراره لاجنبية قال ومن طلق امرأته في مرضه ثلاثا ثم اقر
لها بدين فلها الاقل من الدين ومن ميراثها لانهما متهمان فيه

لقيام العدة وباب الاقرار منسدود للورثة فلعله اقدم على هذا الطلاق
ليصح اقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في اقل الامرين فيثبت

فصل

ومن اقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
انه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وان كان مريضا لان النسب
مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به وشرط ان يولد مثله لمثله كيلا يكون
مكذبا في الظاهر وشرط ان لا يكون له نسب معروف لانه يمنع ثبوته من
غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد نفسه اذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه
بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لان النسب من الحوائج
الاصلية ويشارك الورثة في الميراث لانه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث
المعروف فيشارك ورثته قال ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد
والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير
ويقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما بينا ولا يقبل في الولد
لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه الا ان يصدقها
الزوج لان الحق له او تشهد بولادته قابلة لان قول القابلة في هذا مقبول
وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولابد
من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لان
النسب يبقى بعد الموت وكذا يصح تصديق الزوجة لان حكم النكاح باق

وكذا

وكذا يصح تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من احكامه وعند
ابي حنيفة لا يصح لان النكاح انقطع بالموت ولهذا لا يحل له غسلها ولا يصح
التصديق على اعتبار الارث لانه معدوم حالة الاقرار وانما يثبت بعد
الموت والتصديق يستند الى اول الاقرار قال ومن اقر بنسب من غير
الوالدين والولد نحو الاخ والعم لم يقبل اقراره في النسب لان فيه حمل النسب
على الغير وان كان له وارث معروف قريبا او بعيدا فهو اولى بالميراث من
المقر له لانه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث المعروف وان لم يكن له
وارث استحق المقر له ميراثه لان له ولاية التصرف في مال نفسه عند عدم الوارث
الا يرى ان له ان يوصي بجميعه فيستحق جميع المال وان لم يثبت نسبه منه لما فيه
من حمل النسب على الغير وليست هذه وصية حقيقة حتى ان من اقر باخ ثم اقر
لآخر بجميع ماله كان للموصى له ثلث جميع المال ولو كان الاول وصية لاشتركا
نصفين لكنه بمنزلته حتى لو اقر في مرضه باخ وصدقه المقر له ثم انكر المقر
وراثته ثم اوصى بماله كله لانسان كان ماله للموصى له ولو لم يوص لاحد كان
لبيت المال لان رجوعه صحيح لان النسب لم يثبت فبطل الاقرار قال ومن
مات ابوه فاقر باخ لم يثبت نسب اخيه لما بينا ويشاركه في الارث لان
اقراره يتضمن شيئين حمل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشتراك في
المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري اذا اقر على البائع بالعتق لم يقبل اقراره

عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن لكنه يقبض في حق العتق قال ومن مات وترك
ابنين وله على آخر مائة درهم فاقر احدهما ان اباه قبض منها خمسين لاشي
للمقر وللآخر خمسون لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما
يكون بقبض مضمون فاذا كذبه اخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب
عندنا غاية الامر انهما تصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر
لو رجع على القابض بشي يرجع القابض على الغريم ويرجع الغريم على المقر فيودي
الى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح على ثلثة اضرب صلح مع اقرار وصلح مع سكوت وهو ان لا يقر
المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع انكار وكل ذلك جائز لاطلاق قوله تعالى والصلح
خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا احل حراما
او حرم حلالا وقال الشافعي لا يجوز مع انكار او سكوت لما روينا وهذا
بهذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ فينقلب الامر
ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة
ولنا ما تلونا واول ما روينا وتاويل آخره احل حراما لعينه كالخمر او
حرم حلالا لعينه كالصلح على ان لا يطأ الضرة ولان هذا صلح بعد
دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعي ياخذه عوضا عن حقه
في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه

وهذا مشروع ايضا اذ المال وقاية للانفس ودفع الرشوة لدفع
الظلم امر جائز قال فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات
ان وقع عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق
المتعاقدين بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب
ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة البدل لانها هي المفضية
الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على
تسليم البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى
الاجارة وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط
التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة قال والصلح
عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة
وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد في
حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغيرهما وهذا في الانكار
ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا
عن حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة معناه
اذا كان عن انكار او سكوت لانه ياخذها على اصل حقه ويدفع المال
دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا كان صالح على
دار حيث تجب فيها الشفعة لان المدعي ياخذها عوضا عن ماله فكان

معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه يكذبه قال
وإذا كان الصلح عن اقرار فاستحق بعض المصالح عنه رجع المدعى عليه بحصته
ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع
هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي
بالخصومة ورد العوض لان المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع خصومته
عن نفسه واذا ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده
غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخصومة
فيه لانه خلا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن
اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه رجع بحصته
وان كان الصلح عن انكار او سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق
اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع منه على
الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه بالملك له و
لا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم
فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال واذا ادعى حقا في دار
ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد شيئا من العوض
لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله لانه يعرى
العوض عند ذلك عن شيء يقابله فيرجع بكله على ما بيناه في البيوع ولو ادعى

دارا فصالحه على قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من عين حقه وهو على
دعواه في الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان يزيد درهما في بدل الصلح فيصير
ذلك عوضا عن حقه فيما بقي او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي فصل
والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر قال والمنافع
لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان الصلح يجب حمله على اقرب العقود
اليه واشبهها به احتيالا لتصحيح تصرف العاقل ما امكن قال ويصح عن
جناية العمد والخطأ اما الاول فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء قال ابن عباس
انها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى
فيه صلح هنا لان كل واحد منهما مبادلة بغير مال الا ان عند فساد التسمية
هنا يصار الى الدية لانه موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب
بمطلق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي
ويجب مع السكوت كما وينتظم اطلاق جواب الكتاب الجناية في النفس و
ما دونه وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لان
حق الشفعة حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك اما القصاص فملك المحل
في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح بطلت الشفعة لانها
تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا
يجب المال عند الصلح غير ان في بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه

وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا يظهر
الزيادة ولابي حنيفة رح ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك اخذ
القيمة يكون الكفن عليه او حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان
بالمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضا
فلا يكون ربوا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا
كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر
من نصف قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلا بيتنا والفرق
لابي حنيفة رح ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون
تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها
وان صالحه على عروض جاز لما بينا انه لا يظهر الفضل

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه
والمال لازم للموكل وتاويل المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او كان
الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل به
سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ هو
مواخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال بمال
فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل

دون الموكل قال وان صالح عنه رجل بغير امره فهو على اربعة اوجه ان
صالح بمال وضمنه تم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي
حقها الاجنبي والمدعى عليه سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع
اذا ضمن البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف
ما اذا كان بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى وانما ذلك للذي في يده
لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا وكذلك
ان قال صالحتك على الفي هذه او على عبدي هذا صح الصلح ولزمه تسليمها لانه
لما اضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسلمها
لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده ولو
قال صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجازه المدعى عليه جاز ولزمه الالف
وان لم يجزه بطل لان الاصل في العقد انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل
له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم
يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه
آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه
لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم العقد بقبوله ولو استحق العبد
او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل
بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع

عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت او وجدها
زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم
فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع ببدله

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل
على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف درهم فصالحه على خمسمائة
زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه
ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه الى الربوا فجعل اسقاطا للبعض في
المسئلة الاولى وللبعض وللصفة في الثانية ولو صالح على الف مؤجلة جاز
وكانه اجل نفس الحق لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم بمثلها نسيئة
لا يجوز فحملناه على التاخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لم يجز لان الدنانير
غير مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التاخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع
الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو كانت له الف مؤجلة فصالحه على
خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون
بازاء ما حطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف
سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي
زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربوا
بخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر

بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه الف درهم و
مائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح لانه امكن ان
يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الا مائة وتاجيلا للباقي فلا
يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم قال
ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على انك بريء
من الفضل ففعل فهو بريء فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف
وهو قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يعود عليه لانه ابراء
مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي
للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه فجرى وجوده
مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا بدا بالابراء ولهما ان هذا
ابراء مقيد بشرط فيفوت بفواته لانه بدا باداء الخمسمائة في الغد و
انه يصلح غرضا حذار افلاسه او توسلا الى تجارة اربح منه وكلمة على وان
كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند
تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لتصرفه او لانه متعارف والابراء مما
يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كما في الحوالة وستخرج البداية
بالابراء ان شاء الله قال رضي الله عنه وهذه المسئلة على وجوه احدها
ما ذكرناه والثانية اذا قال صالحتك من الالف على خمسمائة تدفعها الي غدا

وانت بريء من الفضل على انك ان لم تدفعها غدا فالالف عليك على
حاله وجوابه ان الامر على ما قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به و
الثالث اذا قال ابرأتك من خمسمائة من الالف على ان تعطيني الخمسمائة
غدا والابراء فيه واقع اعطى الخمسمائة او لم يعط لانه اطلق الابراء اولا
واداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا لكنه يصلح شرطا فوقع الشك في
تقييده بالشرط فلا يتقيد به بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان
الابراء حصل مقرونا به فمن حيث انه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن
حيث انه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الاطلاق بالشك فافترقا و
الرابع اذا قال اد الي خمسمائة على انك بريء من الفضل ولم يوقت للاداء
وقتا وجوابه انه يصح الابراء ولا يعود الدين لان هذا ابراء مطلق لانه
لما لم يوقت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لانه واجب عليه في
مطلق الازمان فلم يتقيد بل حمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف
ما تقدم لان الاداء في الغد غرض صحيح والخامس اذا قال ان اديت
الي خمسمائة او قال اذا اديت او متى اديت فالجواب فيه انه لا يصح
الابراء لانه علقه بالشرط صريحا وتعليق البراءات بالشروط باطل
لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد بالرد بخلاف ما تقدم لانه ما اتى بصريح
الشرط فحمل على التقييد به **قال** ومن قال لآخر لا اقر لك بمالك حتى تؤخره

عني او تحط عني ففعل جاز عليه لانه ليس بمكره ومعنى المسألة اذا قال ذلك
سرا اما اذا قال علانية يؤخذ به

فصل في الدين المشترك

واذا كان الدين بين شريكين فصالح احدهما عن نصيبه على ثوب فشريكه
بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء اخذ نصف الثوب
الا ان يضمن له شريكه ربع الدين واصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين
اذا قبض احدهما شيئا منه فلصاحبه ان يشاركه في المقبوض لانه ازداد
بالقبض اذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة
الى اصل الحق فيصير كزيادة الولد والثمرة وله حق المشاركة لكنه قبل المشاركة
باق على ملك القابض لان العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه
فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك ان
يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة وثمن المال
المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك اذا عرفنا هذا
نقول في مسألة الكتاب له ان يتبع الذي عليه الاصل لان نصيبه باق في ذمته
لان القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وان شاء اخذ نصف الثوب
لان له حق المشاركة الا ان يضمن له شريكه ربع الدين لان حقه في ذلك
قال ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه ان يشركه فيما قبض
لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لانهما لما اشتركا في المقبوض لا بد

ان يبقى الباقي على الشركة ولو اشترى احدهما بنصيبه من الدين سلعة
كان لشريكه ان يضمنه ربع الدين لانه صار قابضا حقه بالمقاصة كملا لان
مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح لان مبناه على الاغماض والحطيطة فلو
الزمناه دفع ربع الدين يتضرر به فيتخير القابض كما ذكرنا ولا سبيل
للشريك على الثوب في البيع لانه ملكه بعقده والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه
وبين الدين وللشريك ان يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمته
باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله ان لا
يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم توى ما على الغريم له ان يشارك القابض لانه
رضي بالتسليم ليسلم له ما في ذمة الغريم فلم يسلم ولو وقعت المقاصة بدين
كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشريك لانه قاضٍ بنصيبه لا مقتضٍ ولو ابراه
عن نصيبه فكذلك لانه اتلاف وليس بقبض ولو ابراه عن البعض كانت قسمة
الباقي على ما بقي من السهام ولو اخر احدهما عن نصيبه صح عند ابي يوسف
اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض
ولو غصب احدهما عينا منه او اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض
والاستيجار بنصيبه قبض وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف والتزوج
به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد قال واذا
كان السلم بين شريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند

ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يجوز الصلح اعتبارا بسائر الديون وبما اذا
اشتريا عبدا فاقال احدهما في نصيبه ولهما انه لو جاز في نصيبه خاصة
يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من اجازة الاخر
بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد
قام بهما فلا ينفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز لشاركه في المقبوض فاذا
شاركه فيه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي الى عود السلم بعد
سقوطه قالوا هذا اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه
الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني على الاتفاق

فصل في التخارج

واذا كانت التركة بين ورثة فاخرجوا احدهم منها
بمال اعطوه والتركة عقار او عروض جاز قليلا كان ما اعطوه اياه
او كثيرا لانه امكن تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تماضر
الاشجعية امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثمانين الف
دينار قال واذا كانت التركة فضة فاعطوه ذهبا او كان ذهبا
فاعطوه فضة فهو كذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي
ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان
كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح
وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض امانة فلا ينوب عن

بعض الصلح. وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على
ذهب او فضة فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا
عن الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة
لانه صرف في هذا القدر. ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم
الربوا. ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير
ايضا جاز الصلح كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع
لكن بشرط التقابض للصرف. قال واذا كان في التركة دين على
الناس فادخلوه في الصلح على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين
لهم فالصلح باطل لان فيه تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو حصة
المصالح. وان شرطوا ان يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب
المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط او هو تمليك الدين ممن عليه الدين
وهو جائز ومن حيلة الجواز ان يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين
وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة. والاوجه ان يقرضوا المصالح مقدار
نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من
الغرماء. ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير معلومة والصلح
على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وقيل يجوز لانه

شبهة الشبهة. ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها اعيان
غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين والاصح انه
يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة
وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لان
التركة لم يتملكها الوارث. وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا
ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي في القسمة انها لا تجوز استحسانا وتجوز قياسا

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب وهو السير في الارض سميت به لان المضارب
يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس
بين غني بالمال غبي عن التصرف فيه وبين مهتد في التصرف صفر
اليد عنه فمست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة
الغبي والذكي والفقير والغني وبعث النبي عم والناس يباشرونه فقرر
هم على ذلك وتعاملته الصحابة. ثم المدفوع الى المضارب امانة في يده
لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه
يتصرف فيه بامر مالكه. واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله
واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله. واذا خالف
كان غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره. قال المضاربة عقد على الشركة

بمال من احد الجانبين ومراده الشركة في الربح وهو يتحقق بالمال من احد الجانبين
والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونها الا ترى ان الربح لو شرط كله لرب
المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال ولا تصح الا
بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو دفع اليه عرضا و
قال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة من حيث انه توكيل
واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به
مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث
لا تصح المضاربة لان عند ابي حنيفة لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع
وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر فيصير مضاربة بالعرض قال
ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق احدهما دراهم مسماة
لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة قال
فان شرط زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده فلعله لا يربح الا هذا
القدر فتنقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى عن منافعه عوضا ولم
ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع
لم تصح المضاربة ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط عند ابي يوسف
خلافا لمحمد كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل
لان اجر الاجير يجب بتسليم المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف

انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة الصحيحة مع انها فوقها والمال في المضاربة
الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتبارا بالصحيحة ولانه عين مستأجرة
في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير
ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضيعة
على المضارب قال ولا بد ان يكون المال مسلما الى المضارب ولا
يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا
بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب
الآخر فلا بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل
في الشركة من الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لا تنعقد الشركة
وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب
فلا يتمكن من التصرف فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا
او غير عاقد كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى
المضارب وكذا احد المتفاوضين واحد شريكي العنان اذا دفع المال
مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له وان لم يكن عاقدا واشتراط
العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من اهل
المضاربة فيه كالماذون بخلاف الاب والوصي لانهما من اهل ان ياخذا
مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما بجزء من المال قال

وإذا صحت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشتري ويوكل
ويسافر ويبضع ويودع لإطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا
يتحصل إلا بالتجارة فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار
والتوكيل من صنيعهم وكذا الإبضاع والإيداع والمسافرة ألا ترى أن
للمودع أن يسافر فالمضارب أولى كيف وأن اللفظ دليل عليه لأنها مشتقة
من الضرب في الأرض وهو السير وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه عن
أبي حنيفة أنه إن دفع في بلده ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير
ضرورة وإن دفع في غير بلده له أن يسافر إلى بلده لأنه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب إلا أن يأذن له رب المال أو
يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من
التنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه وكان كالتوكيل فإن الوكيل لا
يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه
دونه فيتضمنه وبخلاف الإقراض حيث لا يملكه وإن قيل له اعمل برأيك
لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الإقراض وهو
تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة
عليه أما الدفع مضاربة من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل
تحت هذا القول قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة

بعينها

بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص
وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لا يملك
الإخراج بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن أخرج إلى غير ذلك البلد
فاشترى ضمن وكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر
حتى رده إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف
في الوديعة ثم ترك وبقي المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد
السابق وكذا إذا رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى
في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها هنا وهو رواية الجامع
الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر
الضمان لزوال احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس
الإخراج وإنما شرط الشراء للتقرر لا لأصل الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال
على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه
كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق
ولا تعمل في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ومعنى التخصيص أن
يقول على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذلك إذا قال خذ هذا المال تعمل به
في الكوفة لأنه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لأن الفاء للوصل أو قال
خذه بالنصف بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل

وما يفيد التخصيص من الألفاظ منه دفعت إليك المال مضاربة على أن تعمل به بالكوفة أو تعمل به بالكوفة أو تعمل بالكوفة بالخمس أو بالربع أو فاعمل به بالكوفة أو قال دفعت إليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد لو قال دفعت إليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة أو قال اعمل بالكوفة والضابط أن رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما في الألفاظ الستة وإن استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما في اللفظين الأخيرين وحينئذ يكون الزيادة مشورة كذا

في الكوفة فله ان يعمل فيها وفي غيرها لان الواو للعطف فيصير بمنزلة
المشورة ق ولو قال على ان تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد
لانه مفيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على ان تشتري
بها من اهل الكوفة او دفع في الصرف وقال على ان تشتري من الصيارفة
وتبيع منهم فباع بالكوفة من غير اهلها او من غير الصيارفة جاز
لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا
هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا
بعينه جاز وبطل العقد بمضيه لانه توكيل فيتوقت بما وقته
التوقيت مفيد وانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان
قال وليس للمضارب ان يشتري من يعتق على رب المال لقرابة او غيرها
لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد اخرى و
لا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضاربة شرى ما لا يملك بالقبض
كشرى الخمر وشرى الميتة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكنه بيعه بعد
قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة
لان الشرى متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشرى
اذا خالف قال فان كان في المال ربح لم يجز له ان يشتري من يعتق عليه
لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال او يعتق على الاختلاف

المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود وان اشتراهم ضمن
مال المضاربة لانه يصير مشتريا لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة
قال فان لم يكن في المال ربح جاز ان يشتريهم لانه لا مانع من التصرف
اذ لا شركة له فيه ليعتق عليه فان زادت قيمتهم بعد الشرى عتق نصيبه
منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لانه لا صنع له في زيادة
القيمة ولا في ملك الزيادة لان هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار كما
اذا ورثه مع غيره ويسعى العبد في قيمة نصيبه منه لانه احتبست ماليته
عنده فيسعى فيه كما في الوراثة قال وان كان مع المضارب الف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها الف فوطئها فجاءت بولد يساوي الفا فادعاه
ثم بلغت قيمة الغلام الفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال
استسعى الغلام في الف ومائتين وخمسين وان شاء اعتق ووجه
ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر حملا على فراش النكاح لكنه لم تنفذ
لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما اعني الام
والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار اعيانا كل عين منها
تساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هنا فاذا زادت القيمة في الغلام الآن
ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة بخلاف ما اذا اعتق الولد ثم ازدادت
القيمة لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك

بحدوث الملك أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما
إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد
لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه
ثبت بالنسب والملك والملك آخرهما وجودا فيضاف إليه ولا صنع له فيه
وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد وله أن يستسعي
الغلام لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب
عند أبي حنيفة ويستسعيه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس
المال والخمسمائة ربح والربح بينهما نصفان فلهذا يسعى له في هذا المقدار
ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعي نصف قيمة الأم لأن
الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في الاستيفاء ظهر
أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال
الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر الملك نفذت
تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولد له ويضمن نصيب رب المال لأن
هذا ضمان تملك لا يستدعي صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها
هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

وإذا دفع المضارب المال مضاربة إلى غيره ولم يأذن له رب المال لم يضمن

بالدفع ولا بتصرف المضارب حتى يربح فإذا ربح ضمن الأول لرب المال وهذا
رواية الحسن عن أبي حنيفة وقالا إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو
ظاهر الرواية وقال زفر يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف
لأن المملوك له الدفع على وجه الإيداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما
أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال
مراعى قبله ولأبي حنيفة أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع
والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت
له شركة في المال فيضمن كما لو خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة
صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عمل الثاني لأنه أجير فيه
وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر
الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة وعندهما يضمن بناء
على اختلافهم في مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول
وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا
عنده ووجه الفرق له بين هذا وبين مودع المودع أن المودع
الثاني يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل
فيه لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة
لأنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به

فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه
عامل له كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح المضاربة
والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه ضمنه ابتداء ويطيب
الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه بعمله ولا خبث في العمل
والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان ولا يعرى عن نوع خبث قال
فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه
بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله فهو
بيننا نصفان فلرب المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول
السدس لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك
ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله فلم يبق للاول الا النصف فينصرف
تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق
الا السدس ويطيب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على
خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم وان كان قال له على ان
ما رزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب
الاول ورب المال نصفان لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق
الله للاول وقد رزق الله الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه
نصف جميع الربح فافترقا ولو كان قال له فما ربحت من شيء فبيني وبينك

نصفان

نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول
ورب المال لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة
رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم
يربح الاول الا النصف فيكون بينهما ولو كان قال له على ان ما رزق الله
فلي نصفه او قال له فما كان من فضل فبيني وبينك نصفين وقد دفع الى
آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ولا
شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول
النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء
كمن استؤجر ليخيط ثوبا بدرهم فاستاجر غيره ليخيطه بدرهم وان شرط للمضارب
الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب
الاول للثاني سدس الربح في ماله لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال
فلم ينفذ في حقه لما فيه من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون
المسمى معلوما في عقد يملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه
غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع ولهذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر
لخياطة ثوب بدرهم فاجر غيره بدرهم ونصف **فصل** واذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه ولنفسه
ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان ماذونا له

واشتراط العمل اذن له • ولهذا لا يكون للمولى ولاية اخذ ما اودعه العبد وان
كان محجورا عليه • ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون وان كان كذلك لم يكن
مانعا من التسليم والتخلية بين المال والمضارب • بخلاف اشتراط العمل على رب
المال لانه مانع من التسليم على ما مر • واذا صحت المضاربة يكون الثلث للمضارب
بالشرط والثلثان للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه
دين فهو للغرماء • وهذا اذا كان العاقد هو المولى • ولو عقد العبد المأذون عقد
المضاربة مع اجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا
اشتراط العمل على المالك • وان كان على العبد دين صح عند ابي حنيفة لان المولى
بمنزلة الاجنبي عنده على ما عرف

فصل في العزل والقسمة

• واذا مات رب المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم و
موت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من
قبل • وان ارتد رب المال ولحق بدار الحرب نعوذ بالله بطلت المضاربة لان اللحوق
بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحوقه يتوقف تصرف
مضاربه عند ابي حنيفة لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه • ولو كان المضارب
هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب
المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب فلم يعلم بعزله
حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا يتوقف

على علمه • وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك
لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس المال وانما ينض
بالبيع قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة
معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا فيعمل العزل • فان عزله وراس
المال دراهم او دنانير قد نضت لم يجز له ان يتصرف فيها لانه ليس في اعمال العزله
ابطال حقه في الربح فلا ضرورة قال رضي الله عنه وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس
راس المال فان لم يكن بان كان دراهم وراس المال دنانير او على القلب له ان
يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان الربح لا يظهر الا به وصار كالعروض • وعلى هذا
موت رب المال ولحوقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال واذا افترقا
وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة
الاجير والربح كالاجرة له • وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء محض والمتبرع
لا يجبر على ايفاء ما تبرع به ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء لان حقوق العقد ترجع
الى العاقد فلا بد من توكيله وتوكله كيلا يضيع حقه • قال في الجامع
الصغير يقال له احل مكان قوله وكل والمراد منه الوكالة وعلى هذا سائر الوكالات
• والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر عادة قال
• وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس المال لان الربح تابع وصرف
الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك

على الربح فلا ضمان على المضارب لانه امين وان كانا اقتسما الربح والمضاربة بحالها ثم هلك المال بعضه او كله ترادا الربح حتى يستوفي رب المال راس المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب امانة تبين ان ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه وما اخذه رب المال محسوب من راس المال واذا استوفى راس المال فان فضل شي كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بينا وان اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها فهلك المال لم يترادا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان له الامر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له ان يشتري دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبده في التجارة في الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر الثمن جاز بالاجماع اما عندهما فلان الوكيل

يملك ذلك فالمضارب اولى الا ان المضارب لا يضمن لان له ان يقايل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لانه لا يملك ذلك واما عند ابي يوسف فلانه يملك الاقالة ثم البيع بالنساء بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة ولو احال بالثمن على الايسر او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر ثم الاصل ان ما يفعله المضارب ثلثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل بالبيع والشرى للحاجة اليه والارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء والاجارة والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة او شركة الى غيره وخلط مال المضاربة بماله او بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهذا امر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد لكنه جهة في التثمير فمن هذا الوجه يوافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة على ذلك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل فيه برايك الا ان ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعدما اشترى

الأنه صار كالنفقة ووجه الظاهر أن الحاجة إلى النفقة معلوم الوقوع وإلى
الدواء بعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها
قال وإذا ربح أخذ رب المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرابحة
حسب ما أنفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما أنفق على نفسه لأن العرف
جار بإلحاق الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة
القيمة والثاني لا يوجبها قال فإن كان معه ألف فاشترى بها ثيابا فقصرها
أو حملها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة
على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر وإن صبغها أحمر فهو شريك بما زاد
الصبغ فيه لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة
الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به
ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المغصوب وإذا صار
شريكا بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلط فلا يضمنه

فصل آخر

وإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها بزا
وباعه بألفين واشترى بالألفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب
المال ألفا وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب
وثلاثة أرباعه على المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره حاصل الجواب
لأن الثمن على المضارب إذ هو العاقد إلا أن له حق الرجوع على رب المال بألف

وخمسمائة على ما نبين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما نض المال
ظهر الربح وهو خمسمائة فإذا اشترى بالألفين عبدا صار مشتريا ربعه لنفسه
وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الألفين وإذا ضاع الألفان
وجب عليه الثمن لما بينا وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه
وكيل من جهته ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لأنه مضمون عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة أرباع
العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون رأس المال ألفين
وخمسمائة لأنه دفع مرة ألفا ومرة ألفا وخمسمائة ولا يبيعه مرابحة إلا على ألفين
لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف فحصة المضاربة
ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال وإذا كان معه
ألف فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة وباعه إياه بألف يبيعه مرابحة على
خمسمائة لأن هذا البيع مقضي بجوازه لتغاير المقاصد دفعا للحاجة وإن كان
بيع ملكه بملكه إلا أن فيه شبهة العدم ومبنى المرابحة على الأمانة والاحتراز عن
الخيانة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبدا بألف وباعه من رب المال
بألف ومائتين باعه مرابحة بألف ومائة لأنه اعتبر عدما في حق نصف الربح وهو نصيب
رب المال وقد مر في البيوع قال فإن كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا
قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه

على المضارب لأن الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما
أرباعا لأنه لما صار المال عينا واحدا ظهر الربح وهو ألف بينهما والألف لرب المال
برأس ماله لأن قيمته ألفان وإذا فديا خرج العبد عن المضاربة أما نصيب المضارب
لما بينا ونصيب رب المال لقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لما أنه يتضمن
قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لأن جميع الثمن فيه على
المضارب وإن كان له حق الرجوع فلا حاجة إلى القسمة ولأن العبد كالزائل عن
ملكهما بالجناية ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعا لا على المضاربة
يخدم المضارب يوما ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم فإن كان معه ألف
فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلكت يدفع رب المال ذلك الثمن ثم وثم ورأس المال
جميع ما يدفع لأن المال أمانة في يده ولا يصير مستوفيا إلا بقبض مضمون
وحكم الأمانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل إذا كان الثمن مدفوعا
إليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع إلا مرة لأنه أمكن جعله مستوفيا
لأن الوكالة تجامع الضمان كالغاصب إذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة
في هذه الصورة يرجع مرة وفيما إذا اشترى ثم دفع الموكل إليه المال فهلك لا يرجع
لأنه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع
إليه قبل الشراء فأمانة في يده وهو قائم على الأمانة بعده فلم يصر مستوفيا فإذا
هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

فإن كان مع المضارب ألفان فقال دفعت إلي ألفا وربحت ألفا وقال رب
المال لا بل دفعت إليك ألفين فالقول قول المضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله
يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لأن المضارب يدعي عليه الشركة
في الربح وهو ينكر والقول قول المنكر ثم رجع إلى ما ذكر في الكتاب لأن الاختلاف
في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا
لأنه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه
لرب المال لأن الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته وأيهما أقام
البينة على ما ادعى من الفضل قبلت بينته لأن البينات للإثبات قال
ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربح ألفا
وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لأن المضارب يدعي عليه تقويم
عمله أو شرطا من جهته أو يدعي الشركة وهو ينكر ولو قال المضارب أقرضتني
وقال رب المال هي بضاعة أو وديعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة
المضارب لأن المضارب يدعي عليه التملك وهو ينكر ولو ادعى رب المال المضاربة
في نوع وقال الآخر ما سميت لي تجارة بعينها فالقول للمضارب لأن الأصل فيه
العموم والإطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لأن الأصل فيه
الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما نوعا فالقول لرب المال لأنهما اتفقا على التخصيص
والإذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته إلى نفي الضمان

وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان وقتا فصاحب الوقت الآخر اولى
لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقوله عليه السلام ليس على المستعير
غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى
الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس عن قبول الودائع فيتعطل مصالحهم قال
وللمودع ان يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال
الغير على الوجه الذي يحفظ مال نفسه ولانه لا يجد بدا من الدفع الى عياله لانه لا
يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به فان
حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن لان المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي
تختلف في الامانات ولان الشيء لا يتضمن مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضع في
حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع
في داره حريق فيسلمها الى جاره او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة
اخرى لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرتضيه المالك ولا يصدق على
ذلك الا ببينة لانه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق السبب فصار كما
اذا ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فحبسها وهو يقدر
على تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بامساكه
بعده فيضمنه بحبسه عنه قال وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل

للمودع

للمودع عليها عند ابي حنيفة وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان
يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير
لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا
من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل
يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمة لانها من موجبات الشركة
فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط لا سبيل له على المخلوط عند ابي حنيفة رح
لانه لا حق له الا في الدين وقد سقط وعندهما بالابراء يسقط خيرة الضمان
فيتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب
انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى
لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير
في الصحيح لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المائع بالمائع فعند ابي حنيفة رض ينقطع حق المالك الى الضمان لما ذكرنا وعند
ابي يوسف يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد شركه بكل
حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها
اذابة لانه يصير مائعا بالاذابة وعلى هذا كل مائع خلط بجنسه وكذا خلط الدراهم
بالدنانير بالاذابة لانه يصير مائعا به قال وان اختلطت بماله من غير فعله
فهو شريك لصاحبها كما اذا انشق الكيس فاختلطا فانه لا يضمنها لعدم الصنع منه



فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد مثله فخلطه
بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا على الوجه الذي تقدم
قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او
عبدا فاستخدمه او اودعها غيره ثم ازال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال
الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة
فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا ان الامر باق لاطلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة
ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك
الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال فان طلبها
صاحبها فجحدها ضمنها لانه لما طالبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فبعد ذلك هو
بالامساك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يبرأ عن الضمان لارتفاع
العقد اذ المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهة المودع كجحود
الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الرفع او لان المودع ينفرد
بعزل نفسه بمحضر من المستودع كالوكيل يملك عزل نفسه بحضرة الموكل وفي
اذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف
ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير صاحبها لا يضمن عند ابي يوسف خلافا
لزفر لان الجحود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك
عزل نفسه بغير محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال

وللمودع ان يسافر بالوديعة وان كان لها حمل ومؤنة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ليس له ذلك اذا كان لها حمل ومؤنة وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين
ولابي حنيفة اطلاق الامر والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق امنا ولهذا يملكه
الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه
لا يرضى به فيتقيد والشافعي يقيده بالحفظ المعتاد وهو الحفظ في الامصار وصار
كالاستحفاظ باجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال امره فلا يبالي به
والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف
الاستحفاظ باجر لانه عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد فاذا نهاه
المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان التقييد مفيد اذ الحفظ في
المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما
فطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الاخر عند ابي حنيفة وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع
الصغير ثلاثة اودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان ياخذ نصيبه عنده
وقالا له ذلك والخلاف في المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما
انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه
بتسليم ما سلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر بالدفع
اليه ولابي حنيفة انه يطالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه
في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع

ولانه العقد ولهذا لا يتبع دفعه سهمه بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه
بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته
ان يجبر المودع على الدفع كما اذا كانت له الف درهم وديعة عند انسان وعليه
الف لغيره فلغريمه ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يدفعه اليه قال
فاذا اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفع احدهما الى الآخر ولكنهما
يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز ان يحفظ احدهما
باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رض وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشرى
اذا سلم احدهما الى الآخر وقالا لاحدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما
انه رضي بامانتهما فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم
وله انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف الى ما يقبل
الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير
رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن
وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل
والنهار وامكنهما المهاياة كان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في
بعض الاحوال قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك
فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد من عياله
فدفع الى من لا بد له منه لا يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع

الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء فنهاه عن الدفع الى
امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل به مع مراعاة هذا الشرط
وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان من
العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط
فاعتبر وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن
لان الشرط غير مفيد فان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز
وان حفظها في دار اخرى ضمن لان الدارين يتفاوتان في الحرز فكان
مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت
الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة
صح الشرط قال ومن اودع رجلا وديعة فاودعها آخر فهلكت فله
ان يضمن الاول وليس له ان ياخذ الآخر وهذا عند ابي حنيفة رض وقالا
له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول لهما انه قبض المال
من يد ضمين فيضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بامانة
غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيتخير بينهما غير
انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع ملك
نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه

لحضور رب فلا نجري منهما فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه
بذلك اما الثاني فمستمر على الحالة الاولى لم يوجد منه صنع فلا يضمنه
كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره قال ومن كانت في يده الف فادعاها
رجلان كل واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف
بينهما وعليه الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما
صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث و
يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقين وبايهما بدا القاضي
جاز لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا اقرع بينهما
تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف للثاني
فان حلف فلا شيء لهما لعدم الحجة وان نكل اعني للثاني يقضي له لوجود الحجة
وان نكل للاول يحلف للثاني ولا يقضي بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما
لان الاقرار حجة موجبة بنفسه فيقضي به اما النكول انما يصير حجة
عند القضاء فجاز ان يؤخره ليحلف للثاني فينكشف وجه القضاء ولو
نكل للثاني ايضا يقضي بينهما نصفين على ما ذكرناه والكتاب لا يستوي بهما
في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم الف اخرى بينهما لانه اوجب الحق
لكل واحد منهما ببذله او باقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف
اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الاخر فيغرمه فلو

فقضى القاضي للاول حين نكل ذكر الشيخ علي البزدوي في شرح الجامع الصغير
انه يحلف للثاني فاذا نكل يقضي بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق
الثاني لانه يتقدمه اما بنفسه او بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني
وذكر الخصاف انه ينفذ قضاؤه للاول ووضع المسئلة في العبد وانما ينفذ
لمصادفته محل الاجتهاد لان من العلماء من قال يقضي للاول ولا ينتظر
لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لان نكوله لا يفيد بعد ما
صار للاول وهل يحلف بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا
وكذا ولا اقل منه قال ينبغي ان يحلف عند محمد خلافا لابي يوسف بناء على ان
المودع اذا اقر بالوديعة ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد خلافا له
وشرحه في نفقته لتلك المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطناب

كتاب العارية

العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عم دروعا من صفوان وهي
تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هو اباحة الانتفاع بملك
الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة
لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول
انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد
بلفظ التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض

وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة
الاباحة استعيرت للتمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظة الاباحة وهي
تمليك والجهالة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضائرة ولان
الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع
التحصيل فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر
على ما نذكره قال وتصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه واطعمتك هذه الارض
لانه مستعمل فيه ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به
الهبة لانهما لتمليك العين وعند عدم ارادته الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا
قال واخدمتك هذا العبد لانه اذن له في استخدامه وداري لك سكنى
لان معناها سكناها لك وداري لك عمري سكنى لانه جعل سكناها له
مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه يحتمل تمليك المنافع
فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية متى شاء
لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تملك
شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض
فيصح الرجوع قال والعارية امانة ان هلكت من غير تعد لم يضمن
وقال الشافعي يضمن لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق
فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا

كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ولنا ان اللفظ
لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها
والقبض لم يقع تعديا لكونه ماذونا فيه فلا يصلح سبب الضمان والاذن
وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا
وانما وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض
القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد
له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان يؤجر ما
استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء
لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد
باب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه فان آجره ضمنه
حين سلم لانه اذا لم يتناوله العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن
المستاجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع
على المستاجر لانه ظهر انه آجر ملكه وتصدق بالاجرة وان ضمن المستاجر
يرجع على المؤجر اذا لم يعلم انه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف
ما اذا علم قال وله ان يعيره اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل
وقال الشافعي ليس له ذلك لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له

لا يملك الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة وانما
جعلناها موجودة حكما في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة
هنا ونحن نقول هو تمليك المنافع على ما ذكرنا فيملك الاعارة كالموصى له
بالخدمة والمنافع اعتبرت قابلة للملك في الاجارة فيجعل كذلك في الاعارة
دفعا للحاجة وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر
عن المعير لانه رضي باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا
صدرت الاعارة مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان يكون مطلقة في
الوقت والانتفاع وللمستعير ان ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء
عملا بالاطلاق والثاني ان يكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه
ما سماه ولو امسكه بعد مضي الوقت ضمن عملا بالتقييد الا اذا كان خلافا
الى مثل ذلك او خير منه والحنطة مثل الحنطة والثالث ان يكون مقيدة
في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى
ما سماه فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل
لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لكنه لما
اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره لانه تعين
ركوبه ولو اركب غيره ليس له ان يركبه حتى لو فعله ضمن لانه تعين الاركاب
قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض

لان

لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها
فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض والقرض ادناهما فيثبت
او لان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه
قالوا هذا اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها
ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة
وصار كما استعار آنية يتجمل بها او سيفا محلى يتقلد بها قال واذا استعار
ارضا ليبني فيها او ليغرس جاز وللمعير ان يرجع فيها ويكلفه قلع البناء
والغرس اما الرجوع فلما بينا واما الجواز فلانها منفعة معلومة تملك
بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير
فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير
مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق العقد من غير ان يسبق منه الوعد
وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لما ذكرنا لكنه
يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص البناء والغرس
بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر هو الوفاء
بالعهد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكره القدوري في المختصر
وذكر الحاكم انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه ويكونان
له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون له ذلك لانه ملكه

فاما اذا كان في القلع ضرر بالارض فالخيار الى رب الارض لانه صاحب
اصل والمستعير صاحب تبع والترجيح بالاصل ولو استعارها ليزرعها
لم يؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقّت او لم يوقّت لان له نهاية معلومة وفي
الترك مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع
دفعا للضرر عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد
واجب عليه لما انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه
واجرة رد العين المستاجرة على المؤجر لان الواجب على المستاجر
التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سالم للمؤجر معنى فلا
يكون عليه مؤنة رده واجرة رد العين المغصوب على الغاصب لان
الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته
عليه قال وان استعار دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن
وهذا استحسان وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها بل ضيعها
وجه الاستحسان انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار المالك
معتاد كآلة البيت ولو استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه
لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب والوديعة الى دار المالك ولم يسلمه
اليه ضمن لان الواجب على الغاصب نسخ فعله وذلك بالرد الى المالك
دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها الى الدار ولا الى يد من في عياله

لانه

لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت
العارية عقد جوهر لا يردها الا الى المعير لعدم العرف فيه قال ومن
استعار دابة فردها مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون
مسانهة او مشاهرة لانها امانة وله ان يحفظها بيد من في عياله كما
في الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله وكذا اذا ردها
مع عبد رب الدابة او اجيره لان المالك يرضى به الا يرى انه لو رده اليه فهو
يرده الى عبده وقيل هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وقيل فيه وفي
غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا وان
ردها مع اجنبي ضمن ودلت المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا
كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه
المسئلة بانتهاء الاعارة لانقضاء المدة قال ومن اعار ارضا بيضاء
للزراعة يكتب انك اطعمتني عند ابي حنيفة وقالا يكتب انك اعرتني لان لفظة
الاعارة موضوعة له والكتابة بالموضوع اولى كما في اعارة الدار وله ان
لفظة الاطعام ادل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنتظمها
وغيرها كالبناء ونحوه فكانت الكتابة بها اولى بخلاف الدار لانها لا تعار
الا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عم تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الاجماع وتصح

بالايجاب والقبول والقبض اما الايجاب والقبول فلانه عقد والعقد
ينعقد بالايجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة لنا
قوله عم لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز
بدونه ثابت ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع
شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان اوان ثبوت
الملك فيها بعد الموت ولا الزام على المتبرع لعدم اهلية اللزوم وحق
الوارث متاخر عن الوصية فلم يملكها فان قبضها الموهوب له في
المجلس بغير امر الواهب جاز استحسانا وان قبض بعد الافتراق لم يجز الا
ان ياذن له الواهب في القبض والقياس ان لا يجوز في الوجهين جميعا لان
القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون
اذنه لنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف عليه
ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك فيكون الايجاب منه
تسليطا على القبض بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانا انما اثبتنا
التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به
بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان الدلالة لا تعمل في مقابلة
الصريح قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت واعطيت لان الاول

صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل هذا
وكذا الثالث يقال اعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله
اطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك واعمرتك هذا الشيء
وحملتك على هذه الدابة اذا نوى بالحملان الهبة اما الاول فلان الاطعام
اذا اضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما اذا قال
اطعمتك هذه الارض حيث تكون عارية لان عينها لا تؤكل واما الثاني
فلان حرف اللام للتمليك واما الثالث فلقوله عم فمن اعمر عمرى
فهي للمعمر له ولورثته من بعده وكذلك اذا قال جعلت هذه الدار
لك عمرى لما قلنا واما الرابع فلان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون
عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الامير فلانا على فرس ويراد به التمليك
فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لانه
يراد به التمليك قال الله تعالى او كسوتهم ويقال كسا الامير فلانا ثوبا اي ملكه
منه ولو قال منحتك هذه الجارية يكون عارية لما روينا من قبل
ولو قال داري لك هبة سكنى او سكنى هبة فهي عارية لان العارية
محكم في تمليك المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل تمليك العين فيحمل المحتمل
على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكنى او نحلى سكنى او سكنى صدقة او صدقة
عارية او عارية هبة لما قدمنا ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لان

قوله سكنها مشورة وليس بتفسير وهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لانه تفسير له قال ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي يجوز في الوجهين لانه عقد تمليك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بانواعه وهذا لان المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب ولان في تجويزه الزامه شيئا لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لا يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها عقود ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين على ان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ولو وهب دقيقا

في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب يملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والتمر في النخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيها قبضا لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون فينوب عنه قال واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها بالعقد لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما اذا كان في يده او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا او مبيعا بيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له وكذا كل من يعوله وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه جاز لان لهؤلاء ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان

في حجر الام فقبضها له جاز لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهذا
من بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التحصيل وكذا
اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه يدا معتبرة الا ترى انه لا
يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فيملك ما يتمحض نفعا في حقه وان
قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في
حقه وهو من اهله وفيما اذا وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها
لها بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل
الزفاف ويملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعوله
غيرها حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة
في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ومع حضوره
لا ضرورة قال واذا وهب اثنان لواحد دارا جاز لانهما سلماها
جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع قال وان وهبها واحد من اثنين لا
يجوز عند ابي حنيفة وقالا يصح لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد
فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين وله ان هذه هبة النصف
من كل واحد وكذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل احدهما صح ولان
الملك يثبت لكل منهما في النصف فيكون التمليك كذلك لانه حكمه وعلى
هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس ويثبت

لكل منهما كملا ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن
وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها
لهما جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز وقالا
يجوز للغنيين ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية
ثابتة لان كل واحد تمليك بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة
في الحكم وفي الاصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لان الشيوع
مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية
ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغني وهما
اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالمذكور في الاصل الصدقة على
غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها
لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمه الله يجوز ولو قال لاحدهما
نصفها وللآخر نصفها عن ابي يوسف فيه روايتان وابو حنيفة مر على
اصله وكذا محمد والفرق لابي يوسف انه بالتنصيص على الابعاض يظهر
ان قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشيوع ولهذا لا يجوز اذا
رهن من رجلين ونص على الابعاض

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي لا رجوع
فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع

يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف هبة الوالد لولده على اصله
لانه لم يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا قوله عم الواهب احق بهبته ما لم يثب
منها اي لم يعوض ولان المقصود بالهبة هو التعويض للعادة فتثبت
ولاية الفسخ عند فواته اذ العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبداد
الرجوع واثباته للوالد لانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله
في الكتاب فله الرجوع لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عم العائد في
هبته كالعائد في قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها
فقال الا ان يعوضه عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه
لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم
دخولها تحت العقد قال او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب
له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب
فوارثه اجنبي عن العقد اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة
عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه فلا ينقضه ولانه تجدد
الملك بتجدد سببه قال فان وهب لآخر ارضا بيضا فانبت في ناحية منها
نخلا او بنى بيتا او دكانا او آريا وكان ذلك زيادة فيها فليس له ان
يرجع فيها لان هذه زيادة متصلة وقوله وكان ذلك زيادة فيها لان
الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا وقد يكون الارض

ويجمع كل الموانع دمع خزقه فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض
والخاء الخروج عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب

كبيرة عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها
قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع بقدر
المانع وان لم يبع شيئا منها له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع في كلها
فكذا في نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه فلا رجوع
فيها لقوله عم اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود
صلة الرحم وقد حصل وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر لان المقصود
فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو
تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو ابانها بعد ما وهب لها فلا رجوع
قال واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها
او في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات
تؤدي معنى واحدا وان عوضه اجنبي عن الموهوب له متبرعا فقبض
الواهب العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصح من الاجنبي
كبدل الخلع والصلح واذا استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه لم
يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان
يرد ما بقي ثم يرجع وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض الآخر ولنا انه
يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو الا انه يتخير
لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له فله ان يرده

قال ومن وهب دارا فعوضه من نصفها رجع في النصف الذي لم يعوض
لان المانع خص النصف قال ولا يصح الرجوع الا بتراضيهما او بحكم الحاكم
لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه
خفاء فلا بد من الفصل بالرضاء او القضاء حتى لو كانت الهبة عبدا فاعتقه
قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذلك اذا هلك في
يده بعد القضاء لان اول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنعه
بعد طلبه لانه تعدى واذا رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل
حتى لا يشترط قبض الواهب ويصح في الشائع لان العقد وقع جائزا موجبا
حق الفسخ فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف
الرد بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا
واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم
يرجع على الواهب بشيء لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل
له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال واذا وهب
بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة
ابتداء فان تقابضا صح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار
الرؤية ويستحق فيه الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر والشافعي هو بيع ابتداء
وانتهاء لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني

ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين فيجمع
بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تاخر الملك
الى القبض وقد يتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم وقد
تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف نفس العبد منه لانه لا يمكن
اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه

فصل

ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا
في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا على ما بيناه في البيوع
فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في
النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة
بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في بطنها ثم
وهبها جاز لان الجنين لم يبق على ملكه فاشبه الاستثناء ولو دبر ما في بطنها
ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا يمكن
تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع او هبة شيء هو مشغول
بملك المالك وان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها او على
ان يتخذها ام ولد او وهب دارا او تصدق عليه بدار على ان يرد عليه
شيئا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جائزة والشرط باطل لان هذه الشروط
تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا يرى ان النبي عم

اجاز العمرى وابطل شرط المعمر بخلاف البيع لان النبي عم نهى عن بيع و
شرط ولان الشرط الفاسد في معنى الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون
التبرعات قال ومن له على آخر الف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك او انت بري
منها او قال اذا اديت الي النصف فلك نصفه او انت بري من النصف الباقي
فهو باطل لان الابراء تمليك من وجه اسقاط من وجه وهبة الدين
ممن عليه الدين ابراء والاسقاط في هذا لان الدين مال من وجه ومن هذا
الوجه كان تمليكا ووصف من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا
قلنا بانه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص
بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها قال
والعمرى جائزة للمعمر له حال حياته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه
ان يجعل داره له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط
لما روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطلة
عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف جائزة لان قوله داري لك تمليك وقوله
رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عم اجاز العمرى ورد الرقبى ولان
معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كانه يراقب
موته وهذا تعليق التمليك بالخطر فبطل واذا لم يصح تكون عارية عندهما
لانه يتضمن اطلاق الانتفاع به

فصل في الصدقة

الصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة فلا يجوز في مشاع
يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في الصدقة لان المقصود هو الثواب
وقد حصل وكذا اذا تصدق على غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على
الغني الثواب وكذلك اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل
قال ومن نذر ان يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكوة ومن
نذر ان يتصدق بملكه لزمه ان يتصدق بالجميع ويروى انه والاول سواء وقد
ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك
ما تنفقه على نفسك وعيالك الى ان تكتسب فاذا اكتسب يتصدق بمثل ما انفق وقد
ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع
والقياس يابى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما سيوجد لا يصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت
بصحتها الآثار وهو قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
وقوله عم من استاجر اجيرا فليعلمه اجره وتنعقد ساعة فساعة على
حسب حدوث المنفعة والدار اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة
العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة
ملكا واستحقاقا حال وجود المنفعة ولا تصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة

في الاجارة

معلومة لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة
كجهالة الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا جاز ان يكون اجرة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة
ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي والمنافع
تصير تارة معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان
قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة
كانت اشارة الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق
الحاجة اليها عسى الا ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة كيلا يدعي
المستاجر ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار **قال** وتارة تصير
معلومة بنفسه كمن استاجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استاجر
دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما او يركبها مسافة سماها لانه اذا بين الثوب
ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة وقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون
عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد من ان يكون العمل
معلوما وذلك في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير
الوحد ولا بد من بيان الوقت **قال** وتارة تصير المنفعة معلومة

بالتعيين

بالتعيين والاشارة كمن استاجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى
موضع كذا لانه اذا اراه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة
معلومة فيصح العقد

باب الاجر متى يستحق

الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحد معان ثلثة اما بشرط التعجيل او بالتعجيل
من غير شرط او باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان
المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت الحكم
فيما يقابله من البدل ولنا ان العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب حدوث
المنافع على ما بينا والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة
التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر واذا استوفى المنفعة يثبت الملك
في الاجر لتحقق التسوية وكذا اذا شرط التعجيل او عجل لان المساواة تثبت حقا له
وقد ابطله واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها لان تسليم
عين المنفعة لا يتصور فاقمنا تسليم المحل مقام تسليم المنفعة اذ التمكن من
الانتفاع يثبت به فان غصبها غاصب من يده سقطت الاجرة لان
تسليم المحل انما اقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من الانتفاع فاذا فات
التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الاجر وان وجد الغصب في بعض
المدة سقط بقدره اذ الانفساخ في بعضها ومن استاجر دارا فللمؤجر ان
يطالبه باجر كل يوم لانه استوفى منفعة مقصودة الا ان يبين وقت الاستحقاق

في العقد لانه بمنزلة التاجيل وكذا اجارة الاراضي لما بينا قال ومن استاجر
بعيرا الى مكة فللجمال ان يطالبه باجرة كل مرحلة لان سير كل مرحلة مقصود
وكان ابو حنيفة يقول اولا لا يجب الاجر الا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو
قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا يتوزع الاجر على اجزائها
كما اذا كان المعقود عليه العمل ووجه القول المرجوع اليه ان القياس
يقتضي استحقاق الاجر ساعة فساعة لتحقق المساواة الا ان المطالبة في
كل ساعة تفضي الى ان لا يتفرغ لغيره فيتضرر به فقدرنا بما ذكرنا قال
وليس للقصار والخياط ان يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل لان العمل
في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به الاجر وكذا اذا عمل في بيت المستاجر
لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا قال الا ان يشترط التعجيل لما مر ان
الشرط فيه لازم قال ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته قفيزا من دقيق
بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج
فلو احترق او سقط من يده قبل الاخراج فلا اجر له للهلاك قبل التسليم
فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع في بيته
ولا ضمان عليه لانه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
لانه امانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا اجر له لانه مضمون عليه فلا يبرا
الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز واعطاه الاجر ومن استاجر طباخا

ليطبخ له طعام الوليمة فالغرف عليه اعتبارا للعرف ومن استاجر انسانا
ليضرب له لبنا استحق الاجر اذا اقامه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يستحقها
حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله اذ لا يؤمن من الفساد قبله فصار
كاخراج الخبز من التنور ولان الاجير هو الذي يتولاه عرفا وهو
المعتبر فيما لم ينص عليه ولابي حنيفة ان العمل قد تم بالاقامة والتشريج عمل
زائد كالنقل الا ترى انه ينتفع به قبل التشريج بالنقل الى موضع العمل
بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل
الاخراج قال وكل صانع لعمله اثر في العين كالقصار والصباغ فله ان
يحبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله
حق الحبس لاستيفاء البدل كما في المبيع ولو حبسه فضاع لا ضمان عليه عند
ابي حنيفة لانه غير متعد في الحبس فبقي امانة كما كان عنده ولا اجر له لهلاك
المعقود عليه قبل التسليم وعند ابي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة قبل الحبس
فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه غير معمول ولا اجر له وان شاء معمولا وله
الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس
له ان يحبس العين للاجر كالحمال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو
غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب
نظير الحمل وهذا بخلاف الآبق حيث يكون للراد حق حبسه لاستيفاء الجعل

ولا اجر لحمله لانه كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس
وهذا الذي ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين
لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا ان الاتصال بالمحل
ضرورة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط حق
الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال واذا شرط على الصانع ان يعمل
بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق
عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله ان يستاجر من يعمله لان
المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة ايفاء
الدين

فصل ومن استاجر رجلا ليذهب الى البصرة فيجيء بعياله
فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه لانه اوفى
بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا معلومين
وان استاجره ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد
فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له
الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا
لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته
ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود او وسيلة اليه
وهو العلم بما في الكتاب لكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الاجر

كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك المكان
وعاد يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجره
ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر
له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف
مسألة الكتاب على قول محمد لان المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل
فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح
العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا
ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها
دلالة ويجوز استيجار الاراضي للزراعة لانه منفعة مقصودة معهودة فيها
وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع
الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك
الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان
فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع
فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد
من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع فيها ما شاء لانه لما

فترض الخرج اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ويجوز ان

يستأجر الساحات ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او شجرا لانها منفعة تقصد

بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه ان يقلع البناء والغرس ويسلمها

اليه فارغة لانه لا نهاية لهما وفي ابقائهما اضرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا

انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل الى زمان الادراك لان له نهاية

معلومة فامكن رعاية الجانبين قال الا ان يختار صاحب الارض ان يغرم

له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضاء صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص

الارض بقلعهما فحينئذ يتملكها بغير رضاه قال او يرضى بتركه على حاله فيكون

البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله ان لا يستوفيه قال وفي الجامع

الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض رطبة فانها تقلع لان الرطاب

لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار الدواب للركوب والحمل

لانه منفعة معلومة معهودة فان اطلق الركوب جاز له ان يركب من

شاء عملا بالاطلاق ولكن اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان

يركب غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب

فصار كانه نص على ركوبه وكذا اذا استأجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا

لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس وان قال على ان يركبها فلان

او يلبس الثوب فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان

قوله وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل وهذا بخلاف ما اذا استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل يكون جملة واحدة فهو في البعض مستعمل لها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان كفاية

١٦٩

الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان

يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فاما العقار وما

لا يختلف باختلاف المستعمل اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان

التقييد غير مفيد لعدم التفاوت والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرناه

قال وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة

فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت

الاذن لعدم التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل ما هو

اضر من الحنطة كالملح لعدم الرضا فيه وان استأجرها ليحمل عليها قطنا

سماه فليس له ان يحمل عليها مثل وزنه حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة

فان الحديد يجتمع في موضع من ظهره والقطن ينبسط على ظهره وان استأجرها

ليركبها فاردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالثقل

لان الدابة يعقرها جهل الراكب الضعيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه

بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفة الوزن فاعتبر

عدد الراكب كعدد الجناة في الجنايات وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا

من الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما

هو ماذون فيه وغير ماذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها الا

اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها لعدم الاذن

فيها أصلا للخروج عن العادة وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعطبت
ضمن عند أبي حنيفة وقالا لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لأن المتعارف
مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصلا بإذنه فلا يضمنه ولأبي حنيفة
أن الإذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما
للمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق فإن استأجرها إلى
الحيرة فجاوز بها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن
وكذلك العارية وقيل تأويل هذه المسألة إذا استأجرها ذاهبا لا جائيا
لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد
المالك معنى أما إذا استأجرها ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع إذا
خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق وقيل الجواب مجرى على الإطلاق والفرق
أن المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقي الأمر بالحفظ بعد العود
إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك وفي الإجارة والعارية يصير
الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال لا مقصودا فإذا انقطع الاستعمال لم يبق
هو نائبا فلا يبرأ بالعود وهذا أصح ومن اكترى حمارا بسرج فنزع
السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الحمر فلا ضمان عليه لأنه إذا كان
يماثل الأول يتناوله إذن المالك إذ لا فائدة في التقييد بغيره إلا إذا
كان زائدا عليه في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة وإن كان لا يسرج بمثله

ضمن لأنه لم يتناوله الإذن من جهته فصار مخالفا وإن أوكفه بإكاف
لا يوكف بمثله الحمر يضمن لما قلنا في السرج وهذا أولى وإن أوكفه بإكاف
يوكف بمثله الحمر ضمن عند أبي حنيفة وقالا يضمن بحسابه لأنه إذا كان
يوكف بمثله الحمر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به إلا إذا كان
زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لأنه لم يرض بالزيادة فصار
كالزيادة في الحمل المسمى إذا كانت من جنسه ولأبي حنيفة أن الإكاف ليس
من جنس السرج لأنه للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على
ظهر الدابة ما لا ينبسط عليه الآخر فكان مخالفا كما إذا حمل الحديد وقد
شرط له الحنطة وإن استأجر حمالا يحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق
غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وإن بلغ فله الأجر وهذا
إذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لأن عند ذلك التقييد غير مفيد
أما إذا كان تفاوت يضمن لصحة التقييد فإنه مفيد إلا أن الظاهر
عدم التفاوت إذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وإن كان طريقا
لا يسلكه الناس فهلك ضمن لأنه صح التقييد فصار مخالفا وإن بلغ
فله الأجر لأنه ارتفع الخلاف معنى وإن بقي صورة قال فإن حمله في البحر
فيما يحمله الناس فيه ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر وإن بلغ فله
الأجر لحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى ومن استأجر أرضا ليزرعها

حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة
لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن
ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب للارض على ما قررناه ومن دفع الى خياط
ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة الثوب وان
شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل معناه القرطق
الذي هو ذو طاق لانه يستعمل استعمال القباء وقيل هو مجرى على اطلاقه
لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة انه يضمن من غير خيار
لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر انه قميص من وجه فانه
يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاء من الموافقة والمخالفة
فيميل الى اي الجهتين شاء الا انه يجب اجر المثل لقصور جهة الموافقة
ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على
ما نبينه ولو خاطه سراويل وقد امر بالقباء قيل يضمن من غير خياد
للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاتحاد في اصل المنفعة وصار كما
امر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى انه عقد يقال
ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز به المسمى

وقال زفر والشافعي يجب بالغا ما بلغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا ان
المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة الناس اليها فيكتفى بالضرورة
في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع له فيعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح
عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد فقد اسقطا الزيادة
واذا نقص اجر المثل لم يجب زيادة المسمى لفساد التسمية بخلاف البيع
لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي فان صحت التسمية
انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح
في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة شهور معلومة
لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد
لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه
واذا تم كان لكل واحد منهما ان ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح
ولو سمى جملة شهور معلومة جاز لان المدة صارت معلومة فان
سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للمؤجر ان
يخرجه الى ان ينقضي وكذلك كل شهر يسكن في اوله لانه تم العقد
بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ان الذي ذكره في الكتاب هو
القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان يبقى الخيار لكل
واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول

بعض الحرج قال وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط
كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر
واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ويعتبر ابتداء المدة مما سمى
وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استأجره لان الاوقات كلها في حق
الاجارة على السواء فاشبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي غير قابلة له
ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي
الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند ابي حنيفة وهو رواية
عن ابي يوسف وعند محمد وهو رواية عن ابي يوسف الاول بالايام والباقي
بالاهلة لان الايام يصار اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول
بالايام ابتداء الثاني بالايام ضرورة وهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد
مر في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس فلم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عم ما رآه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي ان النبي عم احتجم واعطى الحجام
الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا قال ولا يجوز
اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عم
ان من السحت عسب التيس والمراد الاجر عليه قال ولا يجوز الاستيجار
على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان كل طاعة

يختص

يختص به المسلم لا يجوز الاستيجار عليه عندنا وعند الشافعي يصح في كل ما
لا يتعين على الاجير لانه استيجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا
قوله عم اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وفي آخر ما عهد رسول الله عم الى عثمان
ابن ابي العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان اجرا ولان
القربة متى حصلت وقعت عن العامل ولهذا تعتبر اهليته فلا يجوز له
اخذ الاجرة من غيره كما في الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم
عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح
وبعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني
في الامور الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن وعليه الفتوى قال
ولا يجوز الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية
والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رض
الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤجر نصيبا من
داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان للمشاع منفعة
ولهذا يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر
من شريكه او من رجلين وصار كالبيع ولابي حنيفة انه آجر ما لا يقدر على
تسليمه فلا يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اعتبرت
تسليما لوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع

بخلاف البيع لحصول التمكن فيه وأما الثاني فلأنه يستحق حكما للعقد باعتبار
الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط جواز العقد وشرط الشيء
يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وأما إذا آجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه
فلا شيوع والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه
بخلاف الشيوع الطارئ لأن القدرة على التسليم ليس بشرط للبقاء وبخلاف
ما إذا آجر من رجلين لأن التسليم يقع جملة ثم الشيوع بتفرق الملك فيما بينهما
طارئ قال ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة لقوله تعالى فإن أرضعن لكم
فآتوهن أجورهن ولأن التعامل به كان جاريا في عهد رسول الله صلعم وقبله
وأقرهم على ذلك ثم قيل إن العقد يقع على المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام
به واللبن يستحق على طريق التبع بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل إن العقد
يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا لو أرضعته بلبن شاة لا تستحق الأجر
والأول أقرب إلى الفقه لأن عقد الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا
كما إذا استأجر بقرة ليشرب لبنها وسنبين العذر عن الإرضاع بلبن
الشاة إن شاء الله وإذا ثبت ما ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا
بالاستئجار على الخدمة قال ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة
وقالا لا يجوز لأن الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها للخبز والطبخ
وله أن الجهالة لا تفضي إلى المنازعة لأن في العادة التوسعة على الأظآر

شفقة على الأولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة
فيه تفضي إلى المنازعة وفي الجامع الصغير فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس
الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز يعني بالإجماع ومعنى تسمية الطعام دراهم
أن يجعل الأجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانها وهذا لا جهالة فيه ولو سمى
الطعام وبين قدره جاز أيضا لما قلنا ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان
ويشترط بيان مكان الإيفاء عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد ذكرناه في البيوع
وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس لأنه إنما يصير
دينا في الذمة إذا صار مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما في السلم قال
وليس للمستأجر أن يمنع زوجها من وطئها لأن الوطء حق الزوج فلا
يتمكن من إبطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة
لحقه إلا أن المستأجر يمنعه من غشيانها في منزله لأن المنزل حقه فإن
حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن
الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم الفسخ إذا مرضت أيضا وعليها أن
تصلح طعام الصبي لأن العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما لا نص عليه العرف
في مثل هذا الباب فما جرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام
وغيره فهو على الظئر أما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والريحان
على الظئر فذلك من عادة أهل الكوفة وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها

والحاصل أن الإجارة إذا وقعت على عمل فما كان من توابع ذلك العمل ولم يشترط ذلك في الإجارة على الأجير فالمرجع فيه العرف

لانها لم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فان هذا ايجار وليس بارضاع فانما لم يجب الاجر لهذا المعنى انه اختلف العمل ومن دفع الى حائك غزلا لينسجه بالنصف فله اجر مثله وكذا اذا استأجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه فالاجارة فاسدة لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي عم عنه وهو ان يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا اصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه ان المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج او المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بفعل غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الآخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر رجلا لحمل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لانه ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا يجاوز بالاجر قفيزا لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمى ومن اجر المثل لانه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشتركا في الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغا ما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم وقت العقد فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا يخبز له هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند ابي حنيفة وقالا هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر

الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فترتفع الجهالة وله ان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجير في الاول فيفضي الى المنازعة وعن ابي حنيفة رح انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق قال ومن استأجر ارضا على ان يكربها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا وكل شرط هذه صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد فان اشترط ان يثنيها او يكري انهارها او يسرقنها فهو فاسد لانه يبقى اثره بعد انقضاء المدة وانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في صفقة واحدة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتثنية ان يردها مكروبة ولا شبهة في فساده وقيل ان يكربها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة فان كانت ثلاث سنين لا تبقى منفعته وليس المراد بكري الانهار الجداول بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل قال وان استأجرها ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه

وقال الشافعي هو جائز وعلى هذا اجارة السكنى بالسكنى واللبس باللبس والركوب

بالركوب له ان المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا

يصير دينا بدين ولنا ان الجنس بانفراده يحرم النساء عندنا فصار كبيع

القوهي بالقوهي نسية والى هذا اشار محمد ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس

للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال واذا

كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما صاحبه او حمار صاحبه على ان

يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا اجر له وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة

عين عنده وبيع العين شايعا جائز وصار كما اذا استاجر دارا مشتركة

بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب

ولنا انه استاجر لعمل لا وجود له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع

بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر

ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق

التسليم بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنافع ويتحقق

تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك

نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن ايقاعه في الشايع ومن استاجر ارضا

ولم يذكر انه يزرعها او اي شي يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض

تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فمنها ما يضر بالارض

ما لا يضر به غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى

الاجل فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه

وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد

فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا اسقط الاجل

المجهول قبل مضيه وكخيار الزايد في المدة ومن استاجر حمارا الى بغداد

بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق في بعض الطريق فلا

ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر وان كانت الاجارة

فاسدة فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى

وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل ان يزرع نقضت الاجارة

دفعا للفساد اذ الفساد قائم بعد

باب ضمان الاجير

قال الاجراء على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق

الاجرة حتى يعمل كالقصار والصباغ لان المعقود عليه اذا كان هو العمل

او اثره كان له ان يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا

الوجه يسمى مشتركا قال والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن عند ابي

حنيفة رح وهو قول زفر رح ويضمنه عندهما الا من شي غالب كالحريق الغالب

والعدو المكابر لهما ما روي عن عمر وعلي رض انهما كانا يضمنان الاجير

المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب

يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة
اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب
وغيره لانه لا تقصير من جهته ولابي حنيفة ان العين امانة في يده لان القبض
حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه
كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابله الاجر بخلاف
المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال وما تلف بعمله
كتخريق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري
الحمل وغرق السفينة من مده مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه
لانه امر بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعيه المعيب والسليم وصار كاجير
الوحد ومعين القصار ولنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد
وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة
حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن ماذونا فيه بخلاف المعين لانه
متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل
بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نذكره وانقطاع الحبل
من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال الا انه لا يضمن به بني آدم ممن
غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان
الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية وهذا ليس بجناية

لكونه ماذونا فيه فلم يكن متعديا وضمان التسبيب يبتني على صفة التعدي
ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا تتحمله العاقلة قال واذا استاجر
من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته
في المكان الذي حمله ولا اجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه
الاجر بحسابه اما الضمان فلما قلنا اذ السقوط بالعثار او بانقطاع الحبل
وكل ذلك من صنيعه واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شيء واحد
تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وفيه وجه آخر وهو ان ابتداء
الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى اي الوجهين
شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى
اصلا قال واذا فصد الفصاد او بزغ البزاغ ولم يتجاوز الموضع المعتاد
فلا ضمان عليه فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة
بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات فلا ضمان عليه وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكنه التحرز عن السراية
لانه يبتني على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح
من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ورقته
تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال والاجير الخاص الذي يستحق
الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم

وإنما سمي أجير وحد لأنه لا يمكنه أن يعمل لغيره لأن منافعه في المدة صارت
مستحقة له والأجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الأجر مستحقا وإن نقض العمل قال
ولا ضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده ولا ما تلف من عمله أما الأول فلأن العين
أمانة في يده لأنه قبض بإذنه وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لأن تضمين الأجير
المشترك نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس والأجير الوحد لا يتقبل الأعمال
فتكون السلامة غالبة فيؤخذ فيه بالقياس وأما الثاني فلأن المنافع
متى صارت مملوكة للمستأجر فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائبا منابه
فصار فعله منقولا إليه كأنه فعل بنفسه فلهذا لا يضمنه

باب الإجارة على أحد الشرطين

وإذا قال للخياط إن خطت هذا الثوب فارسيا
فبدرهم وإن خطته روميا فبدرهمين جاز وأي عمل من هذين العملين عمل
استحق الأجر به وكذا إذا قال للصباغ إن صبغته بعصفر فبدرهم وإن صبغته
بزعفران فبدرهمين وكذا إذا خيره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه
الدار شهرا بخمسة دراهم أو هذه الدار بعشرة وكذا إذا خيره بين مسافتين
مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة إلى الكوفة بدرهم أو إلى واسط
بكذا وكذا إذا خيره بين ثلاثة أشياء فإن خيره بين أربعة لم يجز والمعتبر في
جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي
الإجارة لا يشترط ذلك لأن الأجر إنما يجب بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه

معلوما

معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة
إلا بإثبات الخيار ولو قال إن خطته اليوم فبدرهم وإن خطته غدا فبنصف
درهم فإن خاطه اليوم فله درهم وإن خاطه غدا فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز
به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزاد على درهم
وقالا الشرطان جائزان وقال زفر الشرطان فاسدان لأن الخياطة شيء واحد
وقد ذكر بمقابلته بدلان على سبيل البدل فيكون مجهولا وهذا لأن ذكر اليوم
للتعجيل وذكر الغد للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما أن ذكر اليوم
للتأقيت وذكر الغد للتعليق فلا يجتمع في كل يوم تسميتان ولأن التعجيل
والتأخير مقصود فنزل منزلة اختلاف النوعين ولأبي حنيفة أن
ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لأن
فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل وإذا كان كذلك يجتمع في الغد
تسميتان دون اليوم فيصح اليوم الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني
ويجب أجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لأنه هو المسمى في اليوم الثاني وفي
الجامع الصغير لا يزاد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لأن التسمية
الأولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية
الثانية لمنع النقصان فإن خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم
عند أبي حنيفة هو الصحيح لأنه إذا لم يرض بالتأخير إلى الغد فبالزيادة

إلى ما بعد العقد وفي. ولو قال إن سكنته عطارا فبدرهم وإن
سكنته حدادا فبدرهمين جاز وأي الأمرين فعل استحق المسمى فيه وقالا الإجارة
فاسدة. وكذلك إن استأجر بيتا على أنه إن سكن فبدرهم وإن أسكن حدادا
فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يجوز. ومن استأجر دابة إلى
الحيرة بدرهم وإن جاوز بها إلى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل
الخلاف. وإن استأجرها إلى الحيرة على أنه إن حمل عليها كر شعير فبنصف
درهم وإن حمل عليها كر حنطة فبدرهم فهو جائز في قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا
لا يجوز. وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد شيئين وهو
مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لأن الأجر
يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة، أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخلية و
التسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الأصل عندهما. ولأبي حنيفة رضي الله عنه أنه خيره
بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كما في مسألة الرومية والفارسية.
وهذا لأن سكناه بنفسه يخالف إسكانه الحداد ألا ترى أنه لا يدخل
ذلك في مطلق العقد وكذا في أختيها. والإجارة تعقد للانتفاع وعنده
ترتفع الجهالة فلو احتيج إلى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الأجرين
للتيقن به

باب إجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن

من استأجر عبدا ليس له أن يسافر

خدمة السفر اشتمل على زيادة مشقة فلا ينتظمها الإطلاق ولهذا
جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كإسكان الحداد والقصار في الدار.
ولأن التفاوت بين الخدمتين ظاهر فإذا تعينت الخدمة في الحضر
لا يبقى غيره داخلا كما في الركوب. ومن استأجر عبدا محجورا عليه شهرا و
أعطاه الأجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الأجر. وأصله أن الإجارة
صحيحة استحسانا إذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام إذن المولى
وقيام الحجر وصار كما إذا هلك العبد. وجه الاستحسان أن التصرف نافع على
اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون
فيه كقبول الهبة. وإذا جاز لم يكن للمستأجر أن يأخذه منه. ومن غصب عبدا
فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الأجر فأكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة
وقالا هو ضامن لأنه أكل مال المالك بغير إذنه إذ الإجارة قد صحت على ما مر.
وله أن الضمان يجب بإتلاف مال محرز لأن التقوم به وهذا غير محرز
في حق الغاصب لأن العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده. وإن
وجد المولى الأجر قائما بعينه أخذه لأنه وجد عين ماله. ويجوز قبض
العبد الأجر في قولهم جميعا لأنه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ
على ما مر. قال ومن استأجر عبدا هذين الشهرين شهرا بأربعة
وشهرا بخمسة فهو جائز والأول منهما بأربعة لأن الشهر المذكور أولا

بتصرف الى ما يلى العقد تحريا للجواز او نظرا الى تنجيز الحاجة فينصرف اليه لا الى ما يلى الاول ضرورة. ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم فقبضه فى اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال المستاجر ابق او مرض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتينى بساعة فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤجر لانهما اختلفا فى امر محتمل فيترجح بحكم الحال اذ هو يدل على قيامه من قبل وهو يصلح مرجحا وان لم يصلح حجة فى نفسه واصله الاختلاف فى جريان ماء الطاحونة وانقطاعه

باب الاختلاف فى الاجارة

واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتنى اصفر فالقول لصاحب الثوب لان الاذن يستفاد من جهته الا يرى انه لو انكر اصل الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكنه يحلف لانه انكر شيئا لو اقر به لزمه قال واذا حلف فالخياط ضامن ومعناه ما قدمناه من قبل انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله وكذا يخير فى مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة الثوب ابيض وان شاء اخذ الثوب واعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر فى بعض النسخ

يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته لى بغير اجر وقال الصانع باجر فالقول قول صاحب الثوب عند ابى حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال ابو يوسف ان كان الرجل حريفا له اى خليطا فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب باجر جريا على معتادهما وقال محمد ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رضه لانه منكر والجواب عن الاستحسان ان الظاهر للدفع والحاجة الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجد بها عيبا يضر بالسكنى فله الفسخ لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض فيوجب الخيار كما فى البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كما فى البيع وان فعل المؤجر ما ازال به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحى انفسخت الاجارة لان المعقود عليه قد فات وهى المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوات المبيع قبل القبض و

وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا من قال ان العقد لا ينفسخ لان
المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الاباق في البيع وعن محمد
ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا للآجر وهذا تنصيص
منه على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ ولو انقطع ماء الرحى والبيت مما ينتفع به
لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات
احد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت لانه لو بقي العقد
تصير المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه
ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لا ينفسخ مثل
الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانعدام ما اشرنا اليه من المعنى قال
ويصح شرط الخيار في الاجارة وقال الشافعي لا يصح لان المستاجر لا يمكنه
رد المعقود عليه بكماله لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للموجر
فلا يمكنه التسليم ايضا على الكمال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا انه عقد معاملة
لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع
دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار
العيب فكذا بخيار الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع
دون الاجارة فيشترط فيه دونه ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا
سلم الموجر بعد مضي المدة قال وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا

وقال الشافعي لا تفسخ الا بالعيب لان المنافع عنده بمنزلة الاعيان
حتى يجوز العقد عليها فاشبه البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود
عليها فصار العذر في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتنفسخ به اذ المعنى
يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به
وهذا هو معنى العذر عندنا وهو كمن استاجر حدادا ليقلع ضرسه لوجع فيه
فسكن الوجع او استاجر طباخا ليطبخ له طعاما للوليمة فاختلعت منه
تنفسخ الاجارة لان في المضي عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد
وكذا من استاجر دكانا في السوق ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر
دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر
فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان في الجري على موجب العقد الزام
ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس لانه قد لا يصدق على عدم
مال آخر ثم قوله فسخ القاضي اشارة الى انه يفتقر الى القضاء في النقض
وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين وقال في الجامع الصغير وكل ما
ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج
فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان هذا بمنزلة العيب قبل القبض في المبيع
على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد فيه
من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج

الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء
لظهور الدين ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له ان يقعد من السفر
فهو عذر لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يذهب للحج
فذهب وقته او طلب غريمه فحضر او للتجارة فافتقر وان بدا للمكاري فليس
ذلك بعذر لانه يمكنه ان يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه او اجيره ولو
مرض الموجر فقعد فكذا الجواب على رواية الاصل وروى الكرخي انه عذر
لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه عند الضرورة دون الاختيار ومن
آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد
انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر الخياط غلاما فافلس
وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على موجب العقد لفوات
مقصوده وهو راس ماله وتاويل المسئلة خياط يعمل لنفسه اما الذي يخيط
باجر فراس ماله الخيط والمخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه
وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه
ان يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا
بخلاف ما اذا استاجر دكانا للخياطة فاراد ان يتركها ويشتغل بعمل آخر
حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين
اما هنا العامل شخصان فامكنهما ومن استاجر غلاما يخدمه في المصر

قوله لانه غير متعد في هذا التسبب الضمان بطريق التسبب يعتمد التعدي في السبب الا ترى ان من حفر بئرا في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد ولو رمى سهما في ملكه فاصاب نفسا او مالا فهلك يضمن لانه مباشرة فلم يشترط فيه التعدي وهذا لان المباشر علة فلا يبطل حكمها بعذر فاما التسبب فليس بعلة فلا بد من صفة التعدي ان يلتحق بالعلة واحراق الحصائد هنا مباح وليس بمتعد فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي هذا اذا كانت الرياح هادئة حين اوقد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت الرياح مضطربة يضمن لان موقد النار في اليوم الريح يعلم ان النار لا يستقر في ارضه ولكن الريح يذهب بها الى الارض الجيران فصار كانه القى في ارضهم كفاية

ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن التزام ضرر زائد لان الخدمة في السفر
اشق والمنع من السفر ضرر وكذلك لم يستحق بالعقد فيكون عذرا
وكذا اذا اطلق لما مر انه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا آجر العقار ثم
سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة بعد غيبته حتى
لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر او التزام
الاجر بدون السكنى وذلك ضرر **مسائل منثورة** ومن استاجر
ارضا او استعارها فاحرق الحصائد فاحترق شيء في ارض اخرى فلا
ضمان عليه لانه غير متعد في هذا التسبيب فاشبه حافر البئر في دار نفسه
وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت اما اذا كانت مضطربة
يضمن لان موقد النار يعلم انها لا تستقر في ارضه قال واذا
اقعد الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو
جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته
يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا تضره الجهالة فيما يحصل ومن استاجر
جملا يحمل عليه محملا وراكبين الى مكة جاز وله المحمل المعتاد وفي القياس
لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقد يفضي ذلك الى المنازعة وجه
الاستحسان ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع له وما
فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا

اذا لم يرد الوطاء والدرّ قال وان شاهد الجمال المحمل فهو اجود لانه
انفى للجهالة واقرب الى تحقق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا
من الزاد فاكل منه في الطريق منه جاز ان يرد عوضه لانه استحق عليه حملا
مسمى في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل والموزون ورد
الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

وإذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتبا
اما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا وهذا ليس امر ايجاب
باجماع بين الفقهاء انما هو امر ندب هو الصحيح وفي الحمل على الاباحة
الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية فمتعلقة به والمراد
بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان
يضر بالمسلمين فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يصح لو فعله واما
اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق الا
باداء كل البدل لقوله عم ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا
عشرة دنانير فهو عبد وقال عم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف
الصحابة وما اخترناه قول زيد ويعتق بادائه وان لم يقل المولى
اذا اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به

كما في البيع ولا يجب حط شيء من البدل اعتبارا بالبيع قال ويجوز ان
يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما وقال الشافعي لا يجوز حالا ولا بد
من نجمين لانه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الاهلية قبله للرق
بخلاف السلم على اصله لانه اهل للملك فكان احتمال القدرة ثابتا وقد دل
الاقدام على العقد عليها فيثبت به ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم
ولانه عقد معاوضة والبدل معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم
اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه
فلا بد من القدرة عليه ولان مبنى الكتابة على المساهلة فيمهله المولى
ظاهرا بخلاف السلم لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء
يرد في الرق قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء
والبيع لتحقق الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف
نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة اذن الصبي في التجارة
وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول لا يتحقق
منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع ومن
قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول النجم كذا فاذا اديتها
فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذه مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة
ولو قال اذا اديت الي الفا كل شهر مائة فانت حر فهذه مكاتبة في رواية

ابي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص

لا يكون مكاتبة اعتبارا بالتعليق بالاداء مرة واذا صحت الكتابة خرج

المكاتب من يد المولى ولم يخرج عن ملكه اما الخروج من يده فليتحقق

معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقيق مقصود

الكتابة وهو اداء البدل فيملك البيع والشرى والخروج الى السفر وان نهاه

المولى واما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة و

مبناه على المساواة وينعدم ذلك بتنجيز العتق ويتحقق بتاخيره لانه

يثبت له نوع مالكية ويثبت له في الذمة حق من وجه فان اعتقه عتق بعتقه

لانه مالك لرقبته ويسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا

بحصول العتق به وقد حصل دونه قال واذا وطى المولى مكاتبته لزمه

العقر لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة

وهو الوصول الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها ومنافع

البضع ملحقة بالاجزاء والاعيان وان جنى عليها او على ولدها لزمته الجناية

لما بينا وان اتلف مالا لها غرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابها

ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لاتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى

بالعقد

فصل في الكتابة الفاسدة

واذا كاتب عبده على خمر او خنزير او قيمة نفسه فالكتابة فاسدة اما الاول فلانه

الخمر

الخمر لا يستحقه المسلم لانه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد

واما الثاني فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة

وصار كما اذا كاتب على ثوب او دابة ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد

الفاسد لانه موجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق

الا باداء قيمة الخمر لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف انه يعتق باداء

الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى وعن

ابي حنيفة رض انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان اديتها فانت حر

لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتب على ميتة او دم ولا

فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينها وبين الميتة ان الخمر والخنزير

مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند اداء

العوض المشروط اما الميتة فليست بمال اصلا فلم ينعقد العقد المضاف

اليها فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه واذا عتق باداء عين الخمر

لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد

تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا

ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عند

هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي

بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا يبطل حقه في العتق اصلا فتجب بالغة ما بلغت

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار
معنى العقد فيه واثر الجهالة في الفساد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث لا
يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف اجناسه
فلا يثبت العتق بدون ارادته قال وكذا اذا كاتبه على شيء بعينه لغيره
لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو
قال كاتبتك على هذه الالف الدرهم وهي لغيره جاز لانها لا تتعين في
المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن ابي حنيفة
رواه الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلم يعتق وان عجز يرد في الرق
لان المسمى مال والقدرة امر موهوم فاشبه الصداق قلنا العين في
المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط الصحة اذا كان
العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على
ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع له اولى فلو اجاز صاحب
العين ذلك فعن محمد انه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة
اولى وعن ابي حنيفة انه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال
في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاسب وهو المقصود لانها
تثبت للحاجة الى الاداء منها ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا
والحجة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف انه يجوز اجاز ذلك او لم يجز غير انه

عند

عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح و
الجامع صحة التسمية لكونها مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين فعن ابي حنيفة
انه اذا اداه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم ينعقد العقد الا اذا قال اذا اديت
فانت حر فحينئذ يعتق بحكم الشرط وعن ابي يوسف انه يعتق قال ذلك او لم
يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا فيعتق باداء المشروط
ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسئلة الكتابة على
الاعيان عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى
قال وان كاتبه على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة
فاسدة عند ابي حنيفة ومحمد رض وقال ابو يوسف هي جائزة وتقسم المائة الدينار
على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط فيبطل منها حصة العبد فيكون مكاتبا
بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدل الكتابة وينصرف الى الوسط فكذا يصلح
مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد من
الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذا مستثنى قال واذا
كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان يبين الجنس
ولا يبين النوع والصفة وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة وقد مر
في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة لا يجوز لانه يشمل
اجناسا فيتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة

ومثلها يتحمل في الكتابة فيعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي
لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فاشبه البيع ولنا انه معاوضة مال
بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فاشبه النكاح والجامع انه يبتني
على المسامحة بخلاف البيع لانه يبتني على المماكسة واذا كاتب النصراني عبده على
خمر فهو جائز معناه اذا كان مقدارًا معلومًا والعبد كافر لانه مال في حقهم
بمنزلة الخل في حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن
تمليك الخمر وتملكه وفي التسليم ذلك اذ الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل
فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما
حيث يفسد البيع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة
فانه لو كاتب على وصيف واتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان يبقى العقد على
القيمة اما البيع لا ينعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال واذا قبضها عتق
لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل احد العوضين الى المولى سلم
العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلمًا
حيث فسدت الكتابة لان المسلم ليس من اهل التزام الخمر ولو اداها
عتق وقد بيناه من قبل

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشرى والسفر لان موجب الكتابة ان
يصير حرًا يدًا وذلك بمالكية التصرف مستبدًا به تصرفا يوصله الى

مقصوده

مقصوده وهو نيل الحرية باداء البدل والبيع والشرى من هذا
القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة
ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في
صفقة ليربح في اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة
فله ان يخرج استحسانا لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية
اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد
لانه شرط لم يتمكن في صلب العقد وبمثله لا تفسد الكتابة وهذا لان
الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فالحقناه بالبيع في شرط تمكن في صلب
العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يتمكن
في صلبه هذا هو الاصل او نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه
اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط
والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة قال ولا يتزوج الا باذن المولى
لان الكتابة فك الحجر مع قيام الملك ضرورة التوسل الى المقصود والتزوج
ليس وسيلة اليه ويجوز باذن المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق
الا بالشيء اليسير لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه الا ان
الشيء اليسير من ضرورات التجارة لانه لا يجد بدًا من ضيافة واعارة
ليجتمع عليه المجاهزون ومن ملك شيئا يملك ما هو من ضروراته وتوابعه

قال ولا يتكفل لانه تبرع محض وليس من ضرورات التجارة و
الاكتساب فلا يملكه بنوعيه نفسا ومالا لان كل ذلك تبرع ولا يقرض
لانه تبرع ليس من توابع الاكتساب فان وهب على عوض لم يصح لانه
تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب للمال فانه يتملك به
المهر فدخل تحت العقد وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز
وهو قول زفر والشافعي لان ماله العتق والمكاتب ليس من اهله
كالاعتاق على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب للمال فيملكه كتزويج
الامة وكالبيع وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد
وصول البدل اليه والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو
يوجب للمملوك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب
فوق ما هو ثابت له قال فان ادى الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه
للمولى لان له فيه نوع ملك فيصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا
تعذر اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية اضيف اليه كما في
العبد اذا اشترى شيئا فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء
اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق وان ادى
الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل
ثبوت الولاء وهو الاصل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال

او باع نفسه منه او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من
الكسب ولا من توابعه اما الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته و
اثبات الدين في ذمة المفلس وكذا الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة
واما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر و
النفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادته المهر على ما مر
وكذا الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب لانهما يملكان الاكتساب
كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظرا ولا نظر فيما سواهما
والولاية نظرية قال واما الماذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند
ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف له ان يزوج امته وعلى هذا الخلاف
المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو قاسه على المكاتب و
اعتبره بالاجارة ولهما ان الماذون له يملك التجارة وهذا ليس من التجارة
فاما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب ولانه مبادلة المال بغير المال
فيعتبر بالكتابة دون الاجارة اذ هي مبادلة المال بالمال ولهذا لا يملك
هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل

واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه
دخل في كتابته لانه من اهل ان يكاتب وان لم يكن من اهل الاعتاق
فيجعل مكاتبا تحقيقا للصلة بقدر الامكان الا ترى ان الحر متى
كان يملك الاعتاق يعتق عليه وان اشترى ذا رحم محرم منه لا ولاد له

لم يدخل في كتابته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد اذ
وجوب الصلة يشملهما ولهذا لا يفترقان في الحرية في حق الملك وله ان
للمكاتب كسبا لا ملكا غير ان الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر
على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي لغيرها حتى لا تجب نفقة الاخ
الا على الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بني الاعمام وقرابة
الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالاول في الكتابة وهذا اولى
لان العتق اسرع نفوذا من الكتابة حتى ان احد الشريكين اذا كاتب كان
للآخر فسخه واذا اعتق لا يكون له فسخه **قال** واذا اشترى ام ولده دخل
ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه اذا كان ولدها معها اما دخول
الولد في الكتابة فلما ذكرنا واما امتناع بيعها فلانها تبع للولد في هذا
الحكم قال عليه السلام اعتقها ولدها وان لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول ابي يوسف
ومحمد لانها ام ولد خلافا لابي حنيفة رضي الله عنه له ان القياس ان يجوز بيعها
وان كان معها ولد لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل
الفسخ الا انه يثبت هذا الحق فيما اذا كان معها ولد تبعا لثبوته في
الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت يثبت ابتداء والقياس ينفيه
وان ولد له ولد من امة له دخل في كتابته لما بينا في المشترى وكان
حكمه كحكمه وكسبه له لان كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة

فلا

فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك اذا ولدت المكاتبة ولدا لان
حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا فيسري الى الولد كالتدبير والاستيلاد
قال ومن زوج امته من عبده ثم كاتبهما فولدت منه ولدا دخل في
كتابتها وكان كسبه لها لان تبعية الام ارجح ولهذا يتبعها في الحرية
والرق **قال** وان تزوج المكاتب باذن مولاه امراة زعمت انها
حرة فولدت منه ثم استحقت فاولادها عبيد ولا ياخذهم بالقيمة
وكذا العبد المأذون له بالنكاح وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
اولادها احرار بالقيمة لانه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق
وهو الغرور وهذا لانه ما رغب في نكاحها الا لينال حرية الاولاد و
لهما انه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لان الاصل ان الولد
يتبع الام في الرق والحرية خالفنا هذا الاصل في الحر باجماع الصحابة
وهذا ليس في معناه لان حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وههنا
بقيمة متاخرة الى ما بعد الاعتاق فيبقى على الاصل ولا يلحق به **قال** واذا
وطئ المكاتب امة على وجه الملك بغير اذن المولى ثم استحقها رجل فعليه
العقر يؤخذ به في المكاتبة وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى
يعتق وكذا المأذون له ووجه الفرق ان في الفصل الاول ظهر الدين
في حق المولى لان التجارة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا العقر

من نوايبها لانه لولا الشرى لما سقط الحد وعالم يسقط الحد لا يجب العقر
اما لم يظهر في الفصل الثاني لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء فلا ينتظمه
الكتابة كالكفالة قال واذا اشترى المكاتب جارية شراء فاسدا ثم وطئها
فردها اخذ بالعقر في الكتابة وكذا العبد المأذون له لانه من باب التجارة
فان التصرف تارة يقع صحيحا وتارة يقع فاسدا والكتابة والاذن
ينتظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في حق المولى

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان
شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولد له لانه تلقتها جهتا حرية عاجل
ببدل وآجل بغير بدل فتخير بينهما ونسب الولد ثابت من المولى وهو حر
لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد
بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخذت العقر من مولاها لاختصاصها
بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها بدل الكتابة وان ماتت هي وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي
ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة فان لم تترك مالا فلا سعاية على
الولد لانه حر ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطئها
عليه ولو لم يدع ومات من غير وفاء سعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا
لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطلت عنه السعاية لانه بمنزلة ام

الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال واذا كاتب المولى ام ولده جاز
لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك بالكتابة ولا تنافي
بينهما لانه تلقتها جهتا حرية فان مات المولى عتقت بالاستيلاد لتعلق
عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب
البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن توفير الغرض عليه
فيسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة غير انه يسلم
لها الاكساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق
الاكساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو ادت المكاتبة
قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال وان كاتب مدبرته
جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد
الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار بين ان تسعى في ثلثي
قيمتها او جميع مال الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رض وقال ابو يوسف تسعى في
الاقل منهما وقال محمد تسعى في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة
فالخلاف في الخيار والمقدار فابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في نفي
الخيار اما الخيار فمفرع على تجزي الاعتاق عنده لما تجزى بقي الثلثان عبدا
وقد تلقاها جهتا حرية ببدلين معجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير
وعندهما لما عتق كلها بعتق بعضها فهي حرة وجب عليها احد البدلين فتختار

الأقل لا محالة فلا معنى للتخيير وأما المقدار فلأنه قابل البدل بالكل وقد
سلم لها الثلث بالتدبير فمن المحال أن يجب البدل بمقابلته ألا ترى أنه لو
سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فههنا يسقط
الثلث فصار كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البدل مقابل
بثلثي رقبتها فلا يسقط منه شيء وهذا لأن البدل وإن قوبل بالكل صورة
وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى وإرادة لأنها استحقت حرية الثلث ظاهرا
إذ الظاهر أن الإنسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حريته فصار كما
إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة
الباقية لدلالة الإرادة كذا ههنا بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة وهي المسألة
التي تليه لأن البدل مقابل بالكل إذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا قال
وإذا دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار إن شاءت مضت على الكتابة
وإن شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لأن الكتابة ليست بلازمة في
جانب المملوك فإن مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي
بالخيار بين أن تسعى في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالا
تسعى في الأقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما
المقدار فمتفق عليه ووجهه ما بيناه قال وإذا أعتق المولى مكاتبه عتق
بعتقه لقيام ملكه فيه وسقط بدل الكتابة لأنه ما التزمه إلا مقابلا بالعتق

وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وإن كانت لازمة في جانب المولى
لكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه توسلا إلى عتقه بغير بدل مع سلامة
الأكساب له لأنا نبقي الكتابة في حقه قال وإذا كاتبه على ألف درهم إلى سنة
فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي القياس لا يجوز لأنه اعتياض عن
الأجل وهو ليس بمال والدين مال فيكون ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر
ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه لأنه
لا يقدر على الأداء إلا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى
لا يصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا ولأن عقد الكتابة عقد من وجه
دون وجه والأجل ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقد بين
الحرين لأنه عقد من كل وجه فكان ربا الأجل فيه شبهة قال وإذا
كاتب المريض عبده على ألفي درهم إلى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات ولا مال له
غيره ولم تجز الورثة فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا والباقي إلى أجله أو يرد
رقيقا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الألف حالا والباقي
إلى أجله لأن له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها
فصار كما إذا خالع المريض امرأته على ألف إلى سنة جاز لأن له أن يطلقها
بغير بدل ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليها أحكام الأبدال
وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل إسقاط معنى فيعتبر

من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة
بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض داره بثلثة آلاف
الى سنة وقيمتها الف ثم مات ولم يترك مالا سواها ولم تجز الورثة فانه
يقال للمشتري ادّ ثلثي جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع و
عند محمد يعتبر من الثلث بقدر القيمة لا فيما زاد عليه لما بينا من المعنى قال
وان كاتبه على الف الى سنة وقيمته الفان ولم تجز الورثة يؤدي ثلثي القيمة
حالا او يرد رقيقا في قولهم جميعا لان المحاباة هنا في القدر والتاخير فاعتبر
الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

وإذا كاتب الحر عن عبد بالف درهم فان ادى عنه عتق وان بلغ العبد
فقبل فهو مكاتب وصورة المسئلة ان يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا
على الف درهم على اني ان اديت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق
بادائه بحكم الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة
على اجازته وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان اديت اليك الفا فهو حر
فادى لا يعتق قياسا لانه لا شرط والعقد موقوف وفي الاستحسان يعتق
لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح في حق هذا
الحكم ويتوقف في لزوم الالف على العبد وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتاب
ولو ادى الحر البدل لا يرجع على العبد لانه متبرع قال واذا كاتب العبد عن نفسه

وعن عبد آخر لمولاه غائب فان ادى الشاهد او الغائب عتقا ومعنى المسئلة
ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة
جائزة استحسانا وفي القياس يصح الكتابة على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق
الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان ان الحاضر باضافة العقد الى نفسه
ابتداء جعل نفسه فيه اصلا والغائب تبعا والكتابة على هذا الوجه مشروعة
كالامة اذا كوتبت دخل اولادها في كتابتها تبعا حتى عتقوا بادائها
وليس عليهم من البدل شيء واذا امكن تصحيحه على هذا الوجه ينفرد به
الحاضر فله ان ياخذه بكل البدل لان البدل عليه لكونه اصلا فيه ولا
يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه قال وايهما ادى عتقا و
يجبر المولى على القبول اما الحاضر فلان البدل عليه واما الغائب فلانه
ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كمعير الرهن اذا ادى
الدين يجبر المرتهن على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن الدين
عليه قال وايهما ادى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينا عليه
والغائب متبرع به غير مضطر فيه قال وليس للمولى ان ياخذ الغائب بشيء
لما بينا فان قبل العبد الغائب او لم يقبل فليس ذلك بشيء منه والكتابة
لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتغير بقبوله
كمن كفل عن غيره بغير امره فبلغه فاجازه لا يتغير حكمه حتى لو ادى لا يرجع عليه

كالاصلاً قال وإذا كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو
جائز وايهم ادى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها
جعلت نفسها اصلاً في الكتابة واولادها تبعاً على ما بيّنا في المسئلة الاولى وهي
اولى بذلك من الاجنبي

باب كتابة العبد المشترك

وإذا كان العبد بين رجلين اذن احدهما لصاحبه ان يكاتب نصيبه بالف درهم
ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمال للذي قبض عند
ابي حنيفة وقالا هو مكاتب بينهما وما ادى فهو بينهما واصله ان الكتابة
تتجزى عنده خلافاً لهما بمنزلة العتق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر
على نصيبه عند التجزي وفائدة الاذن ان لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا
لم ياذن واذنه له بقبض البدل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعاً بنصيبه
عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة
الكل لعدم التجزي فهو اصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض
مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد العجز قال وإذا كانت جارية بين شريكين
كاتباها فوطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد
فادعاه ثم عجزت فهي ام ولد للاول لانه لما ادعى احدهما الولد صحت دعوته
لقيام الملك له فيها وصار نصيبه ام ولد له لان المكاتبة لا تقبل النقل
من ملك الى ملك فيقتصر امومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا

ادعى الثاني ولدها الاخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهراً ثم اذا عجزت
بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول
لانه زال المانع من الانتقال ووطؤه سابق ويضمن نصف قيمتها لانه
تملك نصيبه لما استكمل الاستيلاد ويضمن نصف عقرها لوطئه جارية مشتركة ويضمن
شريكه كمال عقرها وقيمة الولد ويكون ابنه لانه بمنزلة المغرور
لانه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه
حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ ام ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر
وايهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لان الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها
لاختصاصها بمنافعها وابدالها وإذا عجزت ترد الى المولى لظهور اختصاصه
وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة وقالا هي ام ولد للاول ولا يجوز وطء
الآخر لانه لما ادعى الاول صار كلها ام ولد له لان امومية الولد يجب تكميلها
بالاجماع ما امكن وقد امكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتنفسخ فيما
لا يتضرر به المكاتب وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لانه لا يقبل الفسخ
وبخلاف بيع المكاتب لان في تجويزه ابطال الكتابة اذ المشتري لا يرضى ببقائه
مكاتباً وإذا صار كلها ام ولد له فالثاني وطئ ام ولد الغير فلا يثبت نسب
الولد منه ولا يكون حراً عليه بالقيمة غير انه لا يجب الحد للشبهة ويلزمه
جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احد الغرامتين وإذا بقيت الكتابة

وصارت كلها مكاتبة له فلم يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت
فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف البدل وفيما يتضرر
البدل لان الكتابة لم تنفسخ الا في حق التملك ضرورة فلا يظهر في حق سقوط
نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا تتضرر المكاتبة بسقوطه
والمكاتبة هي التي تؤثر العقد لاختصاصها بابدال منافعها ولو عجزت
وردت في الرق تبدأ المولى لظهور اختصاصه على ما بيّنا قال ويضمن
الاول لشريكه في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب
شريكه وهي مكاتبة فيضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي
قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة
لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار
الاداء فللتردد بينهما يجب اقلهما قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن
دبرها ثم عجزت بطل التدبير لانه لم يصادف الملك اما عندهما فظاهر لان
المستولد تملكها قبل العجز واما عند ابي حنيفة فلانه بالعجز تبين انه تملك
نصيبه من وقت الوطء فتبين انه مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد
الملك بخلاف النسب لانه يعتمد الغرور على ما مر وهي ام ولد للاول
لانه تملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد على ما بينا ويضمن لشريكه نصف
عقرها لوطئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لانه تملك نصفها بالاستيلاد

وهو تملك بالقيمة والولد ولد الاول لانه صحت دعوته لقيام المصحح وهذا
قولهم جميعا ووجهه ما بيناه قال واذا كاتباها ثم اعتقها احدهما
وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها
عند ابي حنيفة وقالا لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كانها
لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئلة
تجزي الاعتاق كما قررناه في العتاق فاما قبل العجز له ان يضمن المعتق
عند ابي حنيفة رض لان الاعتاق لما كان يتجزى عنده كان اثره ان يجعل
نصيب غير المعتق كالمكاتب فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكاتبة
قبل ذلك وعندهما لما كان لا يتجزى يعتق الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه
مكاتبا ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان
اعتاق فيختلف باليسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين
دبره احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق
نصف قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه
احدهما ثم دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق
وهذا عند ابي حنيفة ووجهه ان التدبير يتجزى عنده فتدبير احدهما يقتصر
على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين
والسعاية كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين والسعاية

واعتاقه بعتقص على نصيبه لانه يجزي عنه لكنه يفسد به نصيب شريكه فله
ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء كما هو مذهبه ويضمن
قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر يعرف بتقويم
المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع انواع ثلاثة البيع
واشباهه والاستخدام وامثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط
الثلث فاذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كما
اذا غصب مدبرا فابق وان اعتقه احدهما ثم دبره الاخر فان الاخر بالخيار الثلاث
عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء
لان المدبر يعتق ويستسعى وقالا اذا دبره احدهما فعتق الاخر باطل لانه
لا يتجزى عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا
كان او معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن
قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان اعتقه احدهما فتدبير الاخر
باطل لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فعتق كله فلم يصادف التدبير الملك
فيبطل ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا او سعى العبد في ذلك
ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار
عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال

يقدم

يقدم لم يعجل بتعجيزه وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين ق
الثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء العذر كامهال الخصم للدفع والمديون
للقضاء فلا يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضه وقال ابو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول
علي رضه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط ولانه عقد
ارفاق حتى كان احسنه موجله وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من
امهال مدة استيسارا واولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما
ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من عجز عن اداء نجم واحد يكون
اعجز عن اداء نجمين وهذا لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول
نجم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضيا دونه بخلاف اليومين والثلاثة
لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا والاثار متعارضة فان المروي
عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها في الرق فسقط الاحتجاج
بها قال فان اخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه برضاه
فهو جائز لان الكتابة تنفسخ بالتراضي من غير علة فبالعذر اولى ولو لم
يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء
او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال واذا عجز المكاتب عاد الى احكام
الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب لمولاه لانه ظهر انه

كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه او على مولاه وقد زال التوقف قال
فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي ما عليه من ماله ويحكم
بعتقه في آخر جزء من اجزاء حياته وما بقي فهو ميراث لورثته ويعتق اولاده
وهو قول علي وابن مسعود رض وبه اخذ علماؤنا وقال الشافعي تبطل الكتابة
ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت ولان المقصود
من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان يثبت
بعد الممات مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى الاول لعدم
المحلية ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في
الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة لا يبطل بموت احد المتعاقدين
وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحياء
الحق بل اولى لان حقه آكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت
انفى للمالكية منه للمملوكية فينزل حيا تقديرا او يستند الحرية باستناد سبب
الاداء الى ما قبل الموت ويكون اداء خلفه كادائه وكل ذلك ممكن على
ما عرف تمامه في الخلافيات قال وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا
في الكتابة سعى في كتابة ابيه على نجومه فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق
الولد لان الولد داخل في الكتابة وكسبه ككسبه فيخلفه في الاداء وصار كما
اذا ترك وفاء وان ترك ولدا مشترى قيل له اما ان تؤدي الكتابة حالة او

ترد في الرق وهذا عند ابي حنيفة واما عندهما يؤديه الى اجله اعتبارا بالولد
المولود في الكتابة والجامع انه يكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى اعتاقه
بخلاف سائر الاكساب ولابي حنيفة رض وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل يثبت
شرطا في العقد فيثبت في حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل لانه لم
يضف اليه العقد ولا يسري حكمه اليه لانفصاله بخلاف المولود في الكتابة
لانه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سعى في
نجومه فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه الابن لانه لما حكم بحريته
في آخر جزء من اجزاء حياته يحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لانه تبع لابيه
في الكتابة فيكون هذا حرا يرث عن حر وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة لان الولد ان كان صغيرا فهو تبع لابيه وان كان كبيرا جعلا
كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال فان
مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينا فيه وفاء لمكاتبته فجنى الولد
فقضي به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لان هذا
القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب
العقل عليهم لكن على وجه يحتمل ان يعتق فينجر الولاء الى موالي الاب
والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزا وان اختصم موالي الام وموالي
الاب في ولائه فقضي به لموالي الام فهو قضاء بالعجز لان هذا اختلاف

في الولاء مقصودًا وذلك يبتني على بقاء الكتابة وانفساخها فانها اذا انفسخت
مات عبدًا واستقر الولاء على موالي الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حرًا
وانتقل الولاء الى موالي الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من
القضاء فلهذا كان تعجيزا قال وما ادى المكاتب من الصدقات الى مولاه
ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك فان العبد يتملكه صدقة والمولى يتملكه
عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة هي لها
صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا اباح للغني والهاشمي لان المباح
له يتناوله على ملك المبيح فلم يتبدل الملك فلا يطيب ونظيره المشتري
شراء فاسدا اذا اباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب له ولو عجز قبل
الاداء الى المولى فكذا الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك
عنده وكذا عند ابي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لانه
لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الآخذ لكونه اذلالا به ولا
يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمته والآخذ لم يأخذ
من المولى وصار كابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى
وقد بقي في ايديهما ما اخذا من الصدقة يطيب لهما فكذا هذا اذا
عتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال واذا
جنى العبد فكاتبه مولاه وهو لا يعلم بالجناية ثم عجز فانه يدفع او يفدي

لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند
الكتابة حتى يصير مختارا للفداء الا ان الكتابة مانعة من الدفع فاذا
زال عاد الحكم الاصلي وكذا اذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى عجز لما بينا
من زوال المانع وان قضى به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه
لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقد رجع ابو يوسف اليه وكان يقول اولا يباع فيه وان عجز قبل القضاء
وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية
فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وام الولد ولنا
ان المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف
على القضاء او الرضاء وصار كالعبد المبيع اذا ابق قبل القبض يتوقف
الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير
والاستيلاد لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال واذا مات مولى
المكاتب لم ينفسخ الكتابة كيلا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذ الكتابة
سبب الحرية وسبب حق المرء حقه وقيل له اذا ادى الى ورثة المولى
على نجومه لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك
فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا ان الورثة يخلفونه في الاستيفاء
فان اعتقه احد الورثة لم ينفذ عتقه لانه لا يملكه وهذا لان المكاتب

لا يملك بسائر اسباب الملك فكذا بسبب الوراثة فان اعتقوه جميعا عتق
وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد
جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه
المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله
ابراء اقتضاء تصحيحا لعتقه والاعتاق لا يثبت بابراء البعض واداءه
في المكاتب لا في بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق
قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة وسببه العقد
يقال ولاء العتاقة وولاء الموالاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما
التناصر وكانت العرب تتناصر باشياء وقرر النبي عم تناصرهم
بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم منهم والمراد بالحليف
مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى
مملوكه فولاؤه له لقوله عم الولاء لمن اعتق ولانه التناصر به فيعقله وقد
احياه معنى بازالة الرق عنه فيرثه ويصير الولاء كالولاد ولان الغنم
بالغرم وكذا المرأة تعتق لما روينا ومات معتق لبنت حمزة رضي الله عنهما
عن بنت فجعل النبي عم المال بينهما نصفان وتستوي الاعتاق بمال وبغير

فان قيل ينبغي ان يرث المعتق من المولى ايضا اذا لم يترك المولى
عصبة نسبية كما هو قول الحسن بن زياد قلنا المعتق اجنبي عنه
وقد جاء في المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره كذا

لاطلاق

لاطلاق ما ذكرناه قال فان شرط انه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب عتق
وولاؤه للمولى وان عتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما باشر من
السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه
او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة
على حكم ملكه وان مات المولى عتق مدبروه وامهات اولاده لما بينا
في العتاق وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك
ذا رحم محرم منه عتق عليه لما بينا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب
وهو العتق عليه واذا تزوج عبد رجل امة لآخر فاعتق مولى الامة
الامة وهي حامل من العبد عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام
لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق على معتق الام مقصودا اذ هو جزء منها يقبل
الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا اذا ولدت
ولدا لاقل من ستة اشهر للتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق او ولدت ولدين احدهما
لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا وهذا بخلاف ما اذا والت
رجلا وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولاء الولد لمولى الاب لان
الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لان تمامه بالايجاب والقبول وهو
ليس بمحل له قال فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام

لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتبعها
وقت الاعتاق حتى يعتق مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه
وانتقل عن مولى الام لان العتق هنا في الولد يثبت تبعا بخلاف الاول وهذا
لان الولاء بمنزلة النسب قال عم الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا
يورث ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء والنسبة الى موالى الام كانت لعدم
اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه كولد الملاعنة ينسب الى
قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينسب اليه بخلاف ما اذا
عتقت المعتدة عن موت او طلاق فجاءت بولد لاكثر من سنتين من
وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى الام وان اعتق الاب
لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء
وبعد الطلاق الرجعي لما انه يصير به مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح
فكان الولد موجودا عند العتق فعتق مقصودا وفي الجامع الصغير واذا تزوج عبد
معتقة فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام لانهم عتقوا
تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فالحقوا بموالى الام ضرورة كما في ولد
الملاعنة على ما ذكرنا فان اعتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه لما بينا
ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا لانهم حين عقلوا كان الولاء ثابتا
لهم وانما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف

ولد

ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم اكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون
عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا مجبورين
على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم بمعتقة من العرب فولدت
له اولادا فولاء ولدها لمواليها عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال ابو يوسف
حكمه حكم ابيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان
الاب عبدا لانه هالك معنى ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام
حتى اعتبرت الكفاءة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم
ولهذا لم تعتبر الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف
ما اذا كان الاب عربيا لان انساب الاب قوية معتبرة في حكم الكفاءة و
العقل لما ان تناصرهم بها فاغنت عن الولاء قال رضي الله عنه الخلاف في
مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير
كافر نبطي تزوج بمعتقة ثم اسلم النبطي ووالى رجلا ثم ولدت اولادا قال
ابو حنيفة ومحمد مواليهم موالى امهم وقال ابو يوسف موالى ابيهم لان الولاء
وان كان اضعف فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين واحد من
الموالى وبين العربية ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل الفسخ وولاء
العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر بمقابلة القوي ولو كان الابوان معتقين
فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهه بالنسب

أو لأن التنصيص به أكثر قال وولاء العتاقة تعصيب وهو أحق بالميراث من
العمة والخالة لقوله عم للذي اشترى عبدا فأعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك
فهو خير له وشر لك وإن كفرك فهو شر له وخير لك وإن مات ولم يترك وارثا
كنت أنت عصبته وورّث ابنة حمزة رض على سبيل العصوبة مع قيام وارث
آخر وإذا كان عصبة تقدم على ذوي الأرحام وهو المروي عن علي رض فإن
كان للمعتق عصبة من النسب فهو أولى لأن المعتق آخر العصبات وهذا
لأن قوله عم ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبة بدليل الحديث
الثاني فتأخر عن العصبة دون ذوي الأرحام قال فإن كان للمعتق عصبة
من النسب فهو أولى لما ذكرنا وإن لم يكن له عصبة من النسب فميراثه
للمعتق تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي
بعد فرضه لأنه عصبة لما روينا وهذا لأن العصبة من يكون التناصر به
لبيت النسبة وبالموالي الانتصار على ما مر والعصبة تأخذ ما بقي فإن مات
المولى ثم مات المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء
إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن بهذا
اللفظ ورد الحديث عن النبي عم وفي آخره أو جرّ ولاء معتقهن ف
صورة الجر قد مر بيانها ولأنه ثبوت المالكية والقوة في المعتق من جهتها
فينسب بالولاء إليها وينسب إليها من ينسب إلى مولاها بخلاف النسب لأن سبب النسبة

فيه الفراش وصاحب الفراش إنما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس
حكم ميراث المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الأقرب فالأقرب
لأن الولاء لا يورث ويخلفه فيه من يكون له التعصيب حتى لو ترك المولى
أبا وابنا فالولاء للابن عند أبي حنيفة ومحمد رض لأنه أقربهما عصوبة وكذا
الولاء للجد دون الأخ عند أبي حنيفة رض لأنه أقرب في العصوبة عنده وكذا
الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها لما ذكرنا إلا أن عقل جناية المعتق
على أخيها لأنه من قوم أبيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى ابنا وأولاد
ابن آخر معناه بني ابن آخر فميراث المعتق للابن دون بني الابن لأن
الولاء للكبر هو المروي عن عدة من الصحابة منهم عمر وعلي وابن مسعود
وغيرهم رضوان الله عليهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي
أقرب **فصل في الموالاة** وإذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه
على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على
مولاه فإن مات ولا وارث له غيره فميراثه للمولى وقال الشافعي الموالاة
ليس بشيء لأن فيه إبطال حق بيت المال ولهذا لا يصح في حق وارث آخر
ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وإن لم يكن للموصي وارث لحق بيت
المال وإنما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم
والآية في الموالاة وسئل رسول الله عم عن رجل أسلم على يد آخر ووالاه

فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث فيه
لحاتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت
المال ضرورة عدم المستحق قال واذا كان له وارث فهو اولى منه وان
كانت عمة او خالة او غيرهما من ذوي الارحام لان الموالاة عقدهما فلا يلزم
غيرهما وذو الرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكره في الكتاب
لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم
بالقبائل فاغنى عن الموالاة قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم
يعقل عنه لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه
لعدم اللزوم الا انه يشترط في هذا ان يكون بمحضر من الآخر كما في عزل
الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه
فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول
بولائه الى غيره لانه تعلق به حق الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض
ناله كالعوض في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل
واحد منهما ان يتحول لانهم في حق الولاء كشخص واحد قال وليس لمولى العتاقة
ان يوالي احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الادنى

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه
اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا كان او لصا لان الاكراه

اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره مع بقاء
اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره تحقيق ما توعد به وذلك انما
يكون من القادر والسلطان وغيره سواء عند تحقق القدرة والذي قاله
ابو حنيفة رضـ ان الاكراه لا يتحقق الا من سلطان لما ان المنعة له والقدرة
لا تتحقق دون المنعة فقد قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة
وبرهان ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان
واهله ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف المكره وقوع ما
يتهدد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي اليه
من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شرى سلعة او على ان يقر لرجل
بالف او يواجر داره فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب الشديد او بالحبس
المديد فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان شاء فسخه ورجع
بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى الا ان تكون تجارة
عن تراض منكم والاكراه بهذه الاشياء يعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا
اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه لا يبالي به بالنظر الى
العادة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم انه
يستضر به لفوات الرضا وكذا الاقرار حجة لترجح جنبة الصدق فيه على
جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها

وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف
على الاجازة الا يرى انه لو اجاز جاز والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولنا
ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي
فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه واعتقه
او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما في سائر البياعات
الفاسدة وباجازة المالك يرتفع المفسد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا
انه لا ينقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك
بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الشرع وقد تعلق
بالبيع الثاني حق العبد وحق العبد مقدم لحاجته اما ههنا الرد لحق العبد
وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال ومن جعل البيع الجائز
المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكره حتى ينقض بيع المشتري من
غيره لان الفساد لفوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين
ومنهم من جعله باطلا اعتبارا بالهازل ومشايخ سمرقند جعلوه بيعا
مفيدا بعض الاحكام على ما هو المعتاد للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف وكذا اذا
سلم طائعا بان كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف
ما اذا اكره على الهبة فلم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان

مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي
البيع بالعقد على ما هو الاصل فيدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع
قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده
لفساد العقد قال وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن
قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم العقد الفاسد
وللمكره ان يضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
فكانه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب وغاصب
الغاصب فلو ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع
وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخته العقود
لانه ملكه بالضمان فظهر انه باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاستناد
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز
ما قبله وما بعده لانه اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز

فصل وان اكره على ان ياكل الميتة او يشرب الخمر ان اكره
على ذلك بضرب او حبس او قيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف منه على نفسه
او على عضو من اعضائه فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره
عليه وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما
ابيح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام المحرم فيما وراءها ولا ضرورة

الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف عليه ذلك بالضرب وغلب على ظنه
يباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على ما توعد به فان صبر حتى قتل ولم يأكل
اثم لانه لما ابيح له كان بالامتناع معاونا لغيره على اهلاك نفسه فيأثم
كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة
فيكون آخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص فيكون
بالحاصل بعد الثنيا فلا يحرم فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم
اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر
بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب قال وان اكره
على الكفر بالله او بسب النبي عم بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها
حتى يكره بامر يخاف منه على نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه
بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى
واحرى قال واذا خاف ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويوري
فان اظهر ذلك وقلبه مطمئن فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر حيث
ابتلي به وقال النبي عم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان فقال عم
ان عادوا فعد وفيه نزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان
ولان بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي
الامتناع يفوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال فان صبر حتى قتل

ولم يظهر الكفر كان ماجورا لان خبيبا صبر على ذلك حتى صلب و
سماه رسول الله عم افضل الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان
الحرمة باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم من الاستثناء
قال وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف منه على نفسه او على عضو
من اعضائه وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة
كما في حالة المخمصة وقد تحققت ولصاحب المال ان يضمن المكره لان
المكره آلة للمكره فيما يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره
بقتل على قتل غيره لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله
كان آثما لان قتل المسلم مما لا يستباح لضرورة ما فكذا لهذه الضرورة
قال والقصاص على المكره ان كان عمدا قال رضه وهذا عند ابي حنيفة و
محمد رح وقال زفر يجب على المكره وقال ابو يوسف لا يجب عليهما وقال الشافعي يجب
عليهما لزفر ان الفعل تحقق من المكره حقيقة وحسا وقرر الشرع حكمه
عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو
الاثم فاضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي في جانب المكره ويوجبه
على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه وللتسبيب في هذا حكم المباشرة
عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف ان القتل بقي مقصورا على المكره
من وجه نظرا الى التاثيم واضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة

في كل جانب لما انه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره
فيما يصلح آلة له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل مقصورا عليه في حق الاثم كما نقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه
المجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون الذكاة حتى
يحرم كذا هذا قال وان اكره على طلاق امرأته او عتق عبده ففعل وقع ما اكره
عليه عندنا خلافا للشافعي وقد مر في الطلاق قال ويرجع على الذي اكرهه بقيمة
العبد لانه صلح آلة له فيه من حيث الاتلاف فانضاف اليه فله ان يضمنه موسرا
كان او معسرا ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية
او لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل الدخول
وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان
على شرف السقوط بان جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان
اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه اتلاف بخلاف
ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق ولو اكره على التوكيل
بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا لان الاكراه يؤثر في فساد
العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويرجع على المكره استحسانا لان
مقصود المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه

لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا
فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما
الفسخ وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لانها تصح مع الهزل
والخلع من جانبه طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على
الخلع دونها لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال وان اكرهه على الزنا وجب
عليه الحد عند ابي حنيفة الا ان يكرهه السلطان وهو قول زفر وقالا لا
يجب الحد وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لانه في زمنه لا
ولاية الا للسلطان وفي زمنهما لكل متغلب ولا يتحقق الاكراه وقد عرف في موضعه
قال واذا اكره على الردة لم تبن امرأته منه لان الردة متعلقة بالاعتقاد
الا يرى انه لو كان قلبه مطمئنا بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك
فلا تثبت البينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد اظهرت
ذلك وقلبي مطمئن بالايمان فالقول قوله استحسانا لان اللفظ غير موضوع
للفرقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول
قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل رجحنا
الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم اما فيما بينه وبين
الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع
لم يقتل لتمكن الشبهة وهي دارئة للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء

كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه
اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطائع ما ذكرناه ولو قال
اردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بانت ديانة وقضاء
لانه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم لنفسه مخلصا غيره وعلى هذا اذا
اكره على الصلوة للصليب وسب محمد رسول الله عليه الصلوة والسلام ففعل
وقال نويت الصلوة لله ومحمدا آخر غير النبي عم بانت منه قضاء لا ديانة
ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي عم وقد خطر بباله الصلوة لله
وسب غير النبي بانت ديانة وقضاء لما مر وقد قررناه زيادة على
هذا في كفاية المنتهى

كتاب الحجر

الاسباب الموجبة للحجر الصغر والجنون والرق فلا يجوز تصرف الصغير
الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن السيد ولا يجوز تصرف المجنون
المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته
والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق
الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون لا تجامعه الاهلية
فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد فاهل في نفسه والصبي ترتقب اهليته فلهذا
وقع الفرق قال ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده
فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف

في العبد لحق المولى فيتخير فيه وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى
مصلحتهما فيه ولا بد ان يعقلا البيع ليوجد ركن البيع فينعقد موقوفا
على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح
المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيلا عن غيره كما بينا
في الوكالة فان قيل ان التوقف عندكم في البيع اما الشراء فالاصل فيه
النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شرى الفضولي
وههنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر المولى فوقفناه قال وهذه
المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لانه لا مرد لها لوجودها
حسا ومشاهدة بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد
من شرطه الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات كالحدود
والقصاص فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال
والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بينا ولا يقع طلاقهما
ولا اعتاقهما لقوله عم كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمجنون والاعتاق
يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة
ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا
لا يتوقفان على اجازته ولا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال
وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه احياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف

موجبا لا يتوقف على القضاء كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط
المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال فاما العبد فاقراره
نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه رعاية لجانبه
لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال
فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع ولم يلزمه في
الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى على اصل الحرية في حق
الدم حتى لا يصح اقرار المولى عليه بذلك وينفذ طلاقه لما روينا ولقوله عم
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه
فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر للفساد

قال ابو حنيفة لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه وتصرفه في ماله جائز وان
كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقالا وهو
قول الشافعي يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله
بصرفه لا على الوجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي
بل اولى لان الثابت في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقته ولهذا
منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر لانه يتلف بلسانه ما منع من
يده ولابي حنيفة انه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد

وهذا

وهذا لان في سلب ولايته اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو
اشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو
كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على المتطبب الجاهل والمفتي الماجن و
المكاري المفلس جاز فيما يروى عنه اذ هو دفع الاعلى بالادنى ولا يصح
القياس على منع المال لان الحجر ابلغ منه في العقوبة ولا على الصبي لانه عاجز
عن النظر لنفسه وهذا قادر عليه نظر له الشرع مرة باعطاء آلة القدرة
والجري على خلافه لسوء اختياره ومنع المال مفيد لان غالب السفه في
الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد واذا حجر القاضي عليه ثم رفع
الى قاض آخر فابطل حجره واطلق عنه جاز لان الحجر منه فتوى وليس
بقضاء الا يرى انه لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان قضاء فنفس
القضاء مختلف فيه فلا بد من الامضاء حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر الى القاضي
الحاجر او الى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال
الامضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك ثم عند ابي حنيفة اذا بلغ الغلام غير
رشيد لم يسلم اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة فان تصرف فيه قبل
ذلك نفذ تصرفه واذا بلغ خمسا وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يونس
منه الرشد وقالا لا يدفع اليه ماله ابدا حتى يونس رشده ولا يجوز تصرفه
فيه لان علة المنع السفه فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولابي حنيفة رض

ان منع المال عنه بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا
الا ترى انه قد يصير جدا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولان المنع
باعتبار اثر الصبا وهو في اوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى
المنع ولهذا قال لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس باثر
الصبا ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على قول من يرى الحجر فعندهما
لما صح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة
اجازه الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم
ناظرا فيتحرى المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع
قبل حجر القاضي جاز عند ابي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر
بين الضرر والنظر والحجر لنظره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز
لانه يبلغ محجورا عنده اذ العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف اذا
بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا نفذ عتقه عندهما وعند الشافعي
لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر
وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج
كلامه لا على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح عنه والاصل
عنده ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده

شي

شيء من تصرفاته الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق
فكذا من السفيه واذا صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان
الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق الا انه متعذر فيجب رده برد
القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد انه لا تجب السعاية لانه لو
وجبت انما تجب حقا لمعتقه والسعاية ما عهد وجوبها في الشرع
الا لحق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب حق العتق فيعتبر
بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه باق على ملكه و
اذا مات ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه عتق بموته وهو مدبر
فصار كما اذا اعتقه بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد فادعاه
ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية ام ولد له لانه محتاج الى ذلك
لابقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه
ام ولدي كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في
جميع قيمتها لانه كالاقرار بالحرية اذ ليس لها شاهد وهو الولد بخلاف
الفصل الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد
جاريته فهو على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها
لانه لا يؤثر فيه الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها مهرا
جاز منه مقدار مهر مثلها لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل

لانه لا ضرورة فيه في حق التزام بالتسمية ولا نظر له فيه فلم تصح الزيادة
وصار كالمريض مرض الموت ولو طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في
ماله لان التسمية صحيحة الى مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة
او كل يوم واحدة لما بينا قال وتخرج الزكوة من مال السفيه لانه
واجب عليه وينفق على اولاده وزوجته ومن تجب نفقته من
ذوي ارحامه لان احياء ولده وزوجته من حوائجه والانفاق على ذوي
الارحام واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان
القاضي يدفع قدر الزكوة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها
عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يدفع
الى امينه ليصرفها لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما
اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره
بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فتحنا هذا الباب يبذر امواله بهذا الطريق
ولا كذلك ما يجب ابتداء من غير فعله قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع
منها لانها واجبة عليه بايجاب الله من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة
اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه في طريق الحج كيلا يتلفها
في غير هذا الوجه ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء
في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج ولا يمنع من القران

لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما
ولا يمنع من ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف اذ عند ابن عمر رضي الله عنه
لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض واوصى بوصايا في القرب
وابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاعه
من امواله والوصية تخلف ثوابا او ثناء وقد ذكرنا من التفريعات
باكثر من هذا في الكفاية قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله
عندنا والفسق الاصلي والطارئ سواء وقال الشافعي يحجر عليه زجرا له وعقوبة
عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للشهادة والولاية عنده ولنا قوله تعالى
فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقد اونس منه نوع رشد
فتتناوله النكرة المطلقة ولان الفاسق من اهل الولاية عندنا
لاسلامه فيكون واليا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر على الغافل
عندهما ايضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو ان يغبن في
التجارات ولا يصبر عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في حد البلوغ

بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال
والانزال اذا وطئ فان لم يوجد ذلك فحتى يتم له ثمانية عشر سنة عند
ابي حنيفة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجد فحتى
يتم لها سبعة عشر سنة وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا تم للغلام والجارية خمسة عشر سنة

فقد بلغا وهذا رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعي وعنه في الغلام تسعة
عشر وقيل المراد أن يطعن في التاسع عشر ويتم له ثمانية عشر سنة فلا
اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لأنه ذكر في بعض النسخ حتى يستكمل
تسعة عشر سنة أما العلامة فلأن البلوغ بالإنزال حقيقة والحبل و
الإحبال لا يكون إلا مع الإنزال وكذا الحيض في أوان الحبل فجعل كل ذلك
علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك في حق الغلام اثنا عشر سنة وفي حق الجارية
تسع سنين وأما السن فلهم العادة الفاشية أن البلوغ لا يتأخر
فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد الصبي ثمانية عشر سنة
كذا قاله ابن عباس وتابعه القتبي وهذا أقل ما قيل فيه فيبتني الحكم
عليه للتيقن به غير أن الإناث نشوءهن وإدراكهن أسرع فنقصنا
في حقهن سنة لاشتمالها على الفصول الأربعة التي يوافق واحد منها
المزاج لا محالة قال وإذا راهق الغلام أو الجارية وأشكل أمره في
البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين لأنه
معنى لا يعرف فيه الأمر من جهتهما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما
الظاهر قبل قولهما فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال أبو حنيفة لا أحجر في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماؤه
حبسه والحجر عليه لم أحجر عليه لأن في الحجر إهدار أهليته فلا يجوز لدفع

ضرر

ضرر خاص وإن كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لأنه نوع حجر ولأنه
تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص لكن يحبسه أبدا حتى يبيعه
في دينه إيفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا إذا طلب غرماء المفلس
الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف والإقرار
حتى لا يضر بالغرماء لأن الحجر على السفيه إنما جوزناه نظرا له وفي
هذا الحجر نظر للغرماء لأنه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى
قولهما منعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن
المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال وباع
ماله إن امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص
عندهما لأن البيع مستحق عليه لإيفاء دينه حتى يحبس لأجله فإذا
امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة قلنا التلجئة موهومة
والمستحق قضاء الدين والبيع بطريق متعين لذلك بخلاف الجب
والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو
صح البيع كان الحبس إضرارا بهما بتأخير حق الدائن وتعذيب المديون
فلا يكون مشروعا قال فإن كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي
بغير أمره وهذا بالإجماع لأن للدائن حق الأخذ من غير رضاه فللقاضي
أن يعينه قال وإن كان دينه دراهم وله دنانير أو على ضد ذلك
باعها القاضي في دينه وهذا استحسان عند أبي حنيفة والقياس أن لا يبيعه

كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين ان ياخذه جبرا
وجه الاستحسان انهما متحدان في الثمنية والمالية مختلفان في الصورة
فبالنظر الى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية الصرف وبالنظر الى
الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف
العروض يتعلق بصورها واعيانها اما النقود فوسائل فافترقا
ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار ويبدا بالايسر
فالايسر لما فيه من المسارعة الى قضاء الدين مع مراعاة المديون
ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية
وقيل دستان لانه اذا غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال
فان اقر في حالة الحجر باقرار لزمه ذلك بعد قضاء الدين لانه تعلق
بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم
بخلاف الاستهلاك لانه مشاهد لا مرد له ولو استفاد مالا آخر
بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال
وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته واولاده الصغار و
ذوي ارحامه لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء ولانه
حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امراة كانت في مقدار
مهر مثلها اسوة للغرماء قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه

بعقد

بعقد كالمهر والكفالة وقد ذكرناه في الفصل بوجوهه في
ادب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها الى ان قال وكذلك ان اقام
البينة انه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظرة الى الميسرة ولو
مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن
اخرجه تحرزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله
هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كان
له جارية وفيه موضع يمكنه وطؤها لا يمنع منه لانه قضاء احدى
الشهوتين فيعتبر بقضاء الاخرى قال ولا يحول بينه وبين غرمائه
بعد خروجه من الحبس بل يلازمونه ولا يمنعونه من التصرف
والسفر لقوله عم لصاحب الحق يد ولسان اراد باليد الملازمة
وباللسان التقاضي ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص
لاستواء حقوقهم في القوة وقالا اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين
غرمائه الا ان يقيموا البينة ان له مالا لان القضاء بالافلاس
يصح عندهما فيثبت العسرة ويستحق النظرة الى الميسرة وعنده رح
لا يتحقق بالافلاس لان مال الله غاد ورائح ولان وقوف الشهود
على عدم المال لا يتحقق الا ظاهرا فيصلح للدفع لا للابطال في الملازمة
وقوله الا ان يقيموا البينة اشارة الى ان بينة اليسار تترجح

على بينة الاعسار لانها اكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في
الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على انه يدور معه
حيثما دار ولا يجلسه في موضع لانه حبس ولو دخل داره لحاجته
لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى ان يخرج لان الانسان لا بد ان يكون
له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة
فالخيار الى الطالب لانه ابلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق
عليه الا اذا علم القاضي ان بالملازمة يدخل عليه ضرر بين بان لا يمكنه
من دخول داره فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل
على المرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكنه يبعث امرأة
اجنبية تلازمها قال ومن افلس وعنده متاع لرجل بعينه
ابتاعه منه فصاحب المتاع اسوة للغرماء فيه وقال الشافعي يحجر
القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لانه عجز المشتري
عن ايفاء الثمن ويوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم العين
وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم
ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق
بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة
اعني الدين وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة

فيجب

فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع
فاعطي العين حكم الدين

كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق عندنا والعبد بعد
ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف بلسانه
الناطق وعقله المميز وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما
عهد تصرفه الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى
فلا بد من اذنه كيلا يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه
من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التاقيت حتى لو اذن لعبده يوما
او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت
ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا رأى عبده يبيع
ويشتري وسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي ولا فرق
بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا لان كل من يراه يظنه ماذونا له فيها فيعاقده
فيتضرر به لو لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه
دفعا للضرر عنهم قال واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز
تصرفه في سائر التجارات ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في
التجارة فلا يقيده ووجهه ان التجارة اسم عام يتناول الجنس

فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه اصل التجارة ولو باع
او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه وكذا بالفاحش
عند ابي حنيفة خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة
التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن وله
انه تجارة والعبد متصرف باهلية نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف
الصبي الماذون ولو حابى في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن
عليه دين وان كان فمن جميع ما بقي لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق
الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري
ادّ جميع المحاباة والا فاردد البيع كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم
لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشرى لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال
ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة فانه ايفاء واستيفاء وله
ان يتقبل الارض ويستاجر الاجراء والبيوت لان كل ذلك من صنيع
التجارة وياخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح ويشتري طعاما
فيزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح قال عم الزارع يتاجر ربه
وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذها لانه
من عادة التجار وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي هو يقول
لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعه لانها تابعة لها ولنا ان نفسه

راس

راس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع
لانه ينحجر به والرهن لانه يحبس فلا يحصل مقصود المولى اما
الاجارة لا ينحجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه قال فان
اذن له في نوع منها دون غيره فهو ماذون في جميعها وقال زفر
والشافعي لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف اذا نهاه
عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة من المولى
لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك حجره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق
وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع
دون نوع بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فيثبت له الولاية
من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه
الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه قال وان اذن
له في شيء بعينه فليس بماذون لانه استخدام ومعناه ان يامره بشري
ثوب للكسوة او طعام رزقا لاهله وهذا لانه لو صار ماذونا ينسد
عليه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال ادّ الي الغلة كل شهر كذا او قال
ادّ الي الفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب او قال
اقعد صباغا او قصارا لانه اذن بشري ما لا بد له منه وهو نوع فيصير

مأذونا في الانواع قال وإقرار المأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع
لان الاقرار من توابع التجارة اذ لو لم يصح لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته
ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين او لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان
في مرضه يقدم دين الصحة كما في الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة
لانه كالمحجور في حقه قال وليس له ان يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج
مماليكه وقال ابو يوسف يزوج الامة لانه تحصيل المال بمنافعها فاشبه اجارتها
ولهما ان الاذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد
وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والاب
والوصي قال ولا يكاتب لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل
فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة الا ان يجيزه المولى ولا دين عليه لان المولى
قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في
الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق اولى
ولا يقرض لانه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا
يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء فلا يدخل تحت الاذن
بالتجارة قال الا ان يهدي اليسير من الطعام او يضيف من يطعمه
لانه من ضرورات التجار استجلابا لقلوب المجاهزين بخلاف المحجور
عليه لانه لا اذن له اصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن ابي يوسف ان المحجور

عليه اذا اعطاه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام
فلا بأس به بخلاف ما اذا اعطاه قوت شهر لانهم لو اكلوه قبل الشهر
يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرأة ان تتصدق من منزل زوجها
بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال
وله ان يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار لانه من صنيعهم
وربما يكون الحط انظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا
حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع
التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه
وله ان يؤجل في دين وجب له لانه من عادة التجار قال وديونه
متعلقة برقبته يباع للغرماء الا ان يفديه المولى وقال زفر والشافعي
لا يباع ويباع كسبه في دينه بالاجماع لهما ان غرض المولى من الاذن
تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال قد كان له وذلك في تعلقه بكسبه
حتى اذا فضل شيء منه عن الدين يحصل له لا برقبته بخلاف دين
الاستهلاك لانه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالاذن
ولنا ان الواجب في ذمة العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته
استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لانه
سببه التجارة وهي داخلة تحت الاذن وتعلق الدين برقبته استيفاء

حامل على المعاملة فمن هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه
بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما
غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ابقاء لحق الغرماء وابقاء لمقصود المولى
وعند انعدامه يستوفى من الرقبة. وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين
وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشرى والاجارة والاستئجار
وضمان المغصوب والودائع والامانات اذا جحدها وما يجب من العقر
بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشرى فيلحق به. **قال** ويقسم
ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل
شيء من ديونه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة
به. ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع او دفعا للضرر عن المشتري. ويتعلق
دينه بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين او بعده ويتعلق بما يقبل من
الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ.
ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لوجود شرط الخلوص له.
وله ان يأخذ غلة مثله بعد الدين لانه لو لم يمكن منه يحجر عليه فلا
يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل يردها على الغرماء لعدم الضرورة
فيها وتقدم حقهم. **قال** وان حجر عليه لم ينحجر حتى يظهر الحجر بين اهل
سوقه لانه لو انحجر لتضرر الناس لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق

برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك. ويشترط علم اكثر اهل سوقه
حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا ينحجر ولو بايعوه
جاز وان بايعه الذي علم بحجره لم يجز. ولو حجر في بيته بمحضر من اكثر
اهل سوقه ينحجر والمعتبر شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور
عند الكل كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام. ويبقى العبد ماذونا
الى ان يعلم بالحجر كالوكيل اذا لم يعلم بالعزل. وهذا لانه يتضرر به
حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضي به.
وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شائعا اما اذا لم يعلم به
الا العبد ثم حجر عليه بعلم منه ينحجر لانه لا ضرر. **قال** ولو مات المولى
او جن او لحق بدار الحرب مرتدا صار الماذون محجورا عليه لان الاذن غير لازم
وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء هو الاصل
فلابد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون
وكذا باللحوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته. **قال** واذا ابق
العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي يبقى ماذونا لان الاباق لا ينافي
ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب. ولنا ان الاباق حجر
دلالة لانه انما يرضى بكونه ماذونا على وجه يتمكن من تقضية دينه
بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا تعتبر عند وجود التصريح

بخلافهما وبخلاف الغصب لان الانتزاع من يد الغاصب متيسر قال واذا
ولدت المأذونة من مولاها فذلك حجر عليها خلافا لزفر هو يعتبر البقاء
بالابتداء ولنا ان الظاهر انه يحصنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر
الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها
ديون لاتلافه محلا تعلق به حق الغرماء اذ به يمتنع البيع وبه يقضى
حقهم قال واذا استدانت الامة المأذونة اكثر من قيمتها فدبرها المولى
فهي مأذونة على حالها لانعدام دلالة الحجر اذ العادة ما جرت بتحصين
المدبرة ولا منافاة بين حكميهما ايضا والمولى ضامن لقيمتها لما قررناه
في ام الولد قال واذا حجر على المأذون فاقراره جائز فيما في يده من المال
عند ابي حنيفة ومعناه ان يقر بما في يده انه امانة لغيره او غصب منه او يقر
بدين عليه فيقضى مما في يده وقالا لا يجوز اقراره لهما ان المصحح لاقراره
ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطلها لان يد المحجور
غير معتبرة وصار كما اذا اخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره او ثبت حجره
بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله ان المصحح
هو اليد ولهذا لا يصح اقرار المأذون فيما اخذه المولى من يده واليد
باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغها عن حاجته واقراره دليل
تحققها بخلاف انتزاعه من يده قبل الاقرار لان يد المولى ثابتة حقيقة

وحكما

وحكما فلا يبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من
غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك
على ما عرف فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما باشره قبل
البيع قال واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده
ولو اعتق من كسبه عبدا لم يعتق عند ابي حنيفة وقالا يملك ما في يده ويعتق
وعليه قيمته لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك رقبته ولهذا يملك
اعتاقه ووطء الجارية المأذونة وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه يثبت
الملك له نظرا للمورث والنظر في ضده عند احاطة الدين بتركته اما ملك
المولى ما ثبت نظرا للعبد وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد
عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين مشغول
بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعتق فريعته واذا نفذ
عندهما يضمن قيمته للغرماء لتعلق حقهم به قال وان لم يكن الدين
محيطا بماله ورقبته جاز عتقه في قولهم جميعا اما عندهما فظاهر وكذا عنده
لانه لا يعرى عن قليله فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق يمنعه قال
وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان
عليه دين وان باعه بنقصان لم يجز لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا حابى الاجنبي

عند أبي حنيفة لأنه لا تهمة فيه وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته
حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص
بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا قال وإن باعه
بنقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء أزال المحاباة وإن شاء نقض
وعلى المذهبين المحاباة اليسير والفاحش سواء ووجه ذلك أن الامتناع
لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من
الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة المحاباة والمولى يؤمر
به لأن البيع باليسير منها متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين
فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير متبرع في حق الأجنبي لانعدامها
بخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما
ومن المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة لأن المحاباة لا تجوز من العبد
المأذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن بالمحاباة في البيع مع الأجنبي
وهو آذن بمباشرته بنفسه غير أن إزالة المحاباة لحق الغرماء وهذا
الفرقان على أصلهما قال فإن باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جاز البيع
لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بينا ولا تهمة في هذا
البيع ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى
من أخذ الثمن بعد ما لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة

فان

فإن سلمه إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى في العين من
حيث الحبس ولو بقي بعد سقوطه يبقى في الدين ولا يستوجب المولى
على عبده دينا بخلاف ما إذا كان الثمن عرضا لأنه يتعين وجاز أن يبقى
حقه متعلقا بالعين قال وإن أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن
جاز لأن البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء و
جاز أن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين ولو باعه
بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع كما بينا في جانب العبد
لأن الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال وإذا أعتق المولى العبد المأذون
له وعليه ديون فعتقه جائز لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته
للغرماء لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من
الديون يطالب به بعد العتق لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا
بقدر ما أتلف ضمانا فيبقى الباقي عليه كما كان وإن كان أقل من قيمته ضمن
الدين لا غير لأن حقهم بقدره بخلاف ما إذا كان أعتق المدبر وأم الولد
المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما
استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا قال فإن
باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه فإن شاء
الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا ضمنوا المشتري لأن العبد تعلق به

حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضي المولى دينهم والبائع متلف بالبيع
والتسليم والمشتري بالقبض والتغييب فيخيرون في التضمين وان شاؤوا
اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن
السابق كما في المرهون فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بعيب فللمولى
ان يرجع بالقيمة عليهم ويكون حق الغرماء في العبد لان سبب الضمان
قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة
ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا قال فلو
كان المولى باعه من رجل واعلمه بالدين فللغرماء ان يردوا البيع لتعلق
حقهم به وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من الرقبة في كل منهما فائدة
فالاول تام موخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة
فلهذا لهم ان يردوه قالوا تاويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل
ولا محاباة في البيع ليس لهم ان يردوه لوصول حقهم اليهم قال وان
كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه اذا انكر
الدين وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف المشتري خصم ويقضي
لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب
ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل
قوله في مسئلة الشفعة لابي يوسف انه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما للكل

من ينازعه ولهما ان الدعوى يتضمن فسخ العقد وقد قام بهما
فيكون الفسخ قضاء على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال
انا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لانه ان
اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه وان لم يخبر فتصرفه جائز اذ
الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الاصل
في المعاملات كيلا يضيق الامر على الناس الا انه لا يباع حتى يحضر مولاه
لانه لا يقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق المولى بخلاف الكسب لانه
حق العبد على ما بيناه فان حضر فقال هو ماذون بيع في الدين
لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور فالقول قوله لانه
يتمسك بالاصل فصل واذا اذن ولي الصبي للصبي في التجارة
فهو في البيع والشرى كالعبد الماذون اذا كان يعقل البيع والشرى
حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصباه فيبقى ببقائه
ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون
واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلوة
لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتتحقق الضرورة الى
تنفيذه منه اما البيع والشرى يتولاه الولي فلا ضرورة ولنا
ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله عن ولاية شرعية

فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبا سبب الحجر
لعدم الهداية لا لذاته وقد ثبتت نظرا الى اذن الولي وبقاؤه ولايته
لنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بخلاف
الطلاق والعتاق لانه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول
الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن والبيع والشرى دائر بين النفع
والضرر فيجعل اهلا له بعد الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا
منه على اجازة الولي لاحتمال وقوعه نظرا وصحة التصرف في نفسه وذكر
الولي في الكتاب ينتظم الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي
بخلاف صاحب الشرط لانه ليس اليه تقليد القضاة والشرط ان يعقل
كون البيع سالبا للملك جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد
ان ما يثبت في العبد من الاحكام يثبت في حقه لان الاذن فك الحجر
والمأذون يتصرف باهلية نفسه عبدا كان او صبيا فلا يتقيد تصرفه
بنوع دون نوع ويصير مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره
بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد
ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع
والشرى بمنزلة الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون
غيرهم على ما بيناه وحكمه حكم الصبي والله اعلم بالصواب

كتاب الغصب

الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين
اهل اللغة وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على وجه
يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس
على البساط ثم ان كان مع العلم فحكمه المأثم والمغرم وان كان بدونه
فالضمان لانه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا اثم لان الخطأ موضوع
قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله
وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان الواجب
هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم
ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان ادفع للضرر
قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون وهذا عند ابي حنيفة
وقال ابو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع لابي يوسف انه لما
انقطع التحق بما لا مثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب
للاصل ولمحمد ان الواجب الاصلي المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع
فتعتبر قيمتها يوم الانقطاع ولابي حنيفة ان النقل لا يثبت بمجرد
الانقطاع ولهذا لو صبر الى ان يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء
القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه

مطالب بالقيمة باصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك قال وما لا
مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة لانه لما تعذر
مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بقدر الامكان
اما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر
المخلوط بالشعير القيمة لانه لا مثل له وعلى الغاصب رد العين معناه
ما دام قايما لقوله عم على اليد ما اخذت حتى ترد وقال عم لا يحل لاحد
ان ياخذ متاع اخيه لاعبا ولا جادا فان اخذه فليرده عليه ولان
اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب عليه اعادتها بالرد اليه وهو
الموجب الاصلي على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا عنه لانه قاصر اذ
الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصلي القيمة ورد العين
مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام والواجب الرد في المكان الذي
غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الاماكن فان ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى
يعلم انها لو كانت باقية لاظهرها ثم قضى عليه ببدلها لان الواجب رد
العين والهلاك بعارض فهو يدعي امرا عارضا خلاف الظاهر فلا يقبل
قوله كما اذا ادعى الافلاس وعليه ثمن متاع فيحبس الى ان يعلم ما يدعيه
واذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله وهو القيمة قال والغصب
فيما ينقل ويحول لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دونه غيره لان ازالة

البد

اليد بالنقل واذا غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمه وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول ابي يوسف اولا وبه قال الشافعي
لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على
محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه فصار
كالمنقول وجحود الوديعة ولهما ان الغصب اثبات اليد بازالة
يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول
الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي
وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجحود ممنوعة ولو
سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تارك لذلك قال
وما نقصه بفعله او سكناه ضمنه في قولهم جميعا لانه اتلاف والعقار
يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدم
الدار بسكناه وعمله فلو غصب دارا وباعها وسلمها واقر بذلك ولا بينة
لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح قال وان
انتقص بالزراعة يغرم النقصان لانه اتلف البعض وياخذ راس ماله
ويتصدق بالفضل قال رضي الله عنه هذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين قال واذا هلك النقلي في يد الغاصب
بفعله او بغير فعله ضمنه وفي اكثر النسخ واذا هلك الغصب والمنقول هو المراد

لما بينا ان الغصب فيما ينقل وهذا لان العين دخل في ضمانه بالغصب
السابق اذ هو السبب وعند العجز عن رده يجب القيمة او يتقرر
بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته يوم الغصب وان نقص في يده ضمن
النقصان لانه دخل جميع اجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رد
عينه يجب رد قيمته بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه
عبارة عن فتور الرغبات دون فوات الجزء وبخلاف المبيع لانه
ضمان عقد اما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد
على ما عرف قال رضه ومراده غير الربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين
النقصان مع استرداد الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا
فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان لما بينا ويتصدق بالغلة
قال رضه وهذا عندهما ايضا وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا
آجر المستعير المستعار لابي يوسف انه حصل في ضمانه وملكه اما
الضمان فظاهر وكذلك الملك لان المضمونات تملك باداء الضمان
مستندا عندنا ولهما انه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير
وما هذا حاله فسبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك
المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى
ضمنه له ان يستعين بالغلة في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا

لو ادى اليه يباح له التناول فيزول الخبث بالاداء اليه بخلاف ما اذا
باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في
اداء الثمن اليه لان الخبث ما كان لحق المشتري الا اذا كان لا يجد غيره
لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة نفسه فلو اصاب مالا تصدق
بمثله ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا
قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية فباعها بالفين ثم اشترى بالالفين
جارية فباعها بثلاثة الاف فانه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما
واصله ان الغاصب او المودع اذا تصرف في المغصوب او الوديعة وربح
لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي يوسف وقد مرت الدلائل وجوابهما
في الوديعة اظهر لانه لا يستند الملك الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان
فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين
كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا
اشترى بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد من غيرها او نقد منها و
اشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وكذلك قال الكرخي
لان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد ان يتاكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال
مشايخنا لا يطيب له قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال لاطلاق
الجواب في الجامعين والمضاربة قال فان اشترى بالالف جارية تساوي

العين فوجهها او طعاما فاكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لان
الذبح انما يتبين عند اتحاد الجنس **فصل فيما يتغير بعمل
الغاصب** واذا تغيرت المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها واعظم
منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب ولا يحل له
الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كمن غصب شاة وذبحها وشواها او طبخها
او حنطة وطحنها وحديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله آنية وهذا كله عندنا
وقال الشافعي لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن ابي يوسف غير انه اذا اختار
اخذ الدقيق لا يضمنه النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي يضمنه
وعن ابي يوسف انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق به من الغرماء
بعد موته وللشافعي ان العين باقية فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما
اذا هب الريح في الحنطة والقتها في الطاحونة فطحنت ولا معتبر بفعله
لانه محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل
اصلا وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وأربها ولنا انه احدث
صنعة متقومة صير حق المالك هالكا من وجه الا ترى انه تبدل الاسم وفات
معظم المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح على الاصل
الذي هو فائت من وجه ولا يجعله سببا للملك من حيث انه محظور بل من
حيث احداث الصنعة بخلاف الشاة لان اسمها باق بعد الذبح والسلخ

وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليها غيرها فاحفظه
وقوله ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسان والقياس ان يكون
له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن ابي حنيفة رواه الفقيه ابو الليث
ووجهه ثبوت الملك المطلق للتصرف الا ترى انه لو وهبه او باعه
جاز ووجه الاستحسان قوله عم في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا
صاحبها اطعموها الاسارى افاد الامر بالتصدق زوال ملك المالك
وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولان في اباحة الانتفاع فتح
باب الغصب فيحرم قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته
مع الحرمة لقيام الملك كما في الملك الفاسد واذا ادى البدل يباح له لان
حق المالك صار موفى بالبدل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا اذا ابراه
لسقوط حقه به وكذا اذا ادى بالقضاء او ضمنه الحاكم او ضمنه المالك لوجود
الرضا منه لانه لا يقضي الا بطلبه وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها
او نواة فغرسها غير ان عند ابي يوسف يباح الانتفاع فيهما قبل اداء
الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين
فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما
واصله ما تقدم **قال** وان غصب فضة او ذهبا فضربها دراهم او
دنانير او آنية لم يزل ملك مالكها عنها عند ابي حنيفة فياخذها ولا شيء للغاصب

وقالا لا يملكه الغاصب وعليه مثلها لانه احدث صنعة معتبرة صير حق المالك
هالكا من وجه الا يرى انه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح
راس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله ان
العين باقية من كل وجه الا يرى ان الاسم باق وفي معناه الاصل الثمنية
وكونه موزونا وانه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته لراس
المال من احكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة
مطلقا لانه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها قال ومن غصب ساجة فبنى
عليها زال ملك مالكها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي للمالك اخذها
والوجه من الجانبين قدمناه ووجه آخر لنا فيه ان ما ذهب اليه اضرار
بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا
اليه مجبور بالقيمة فصار كما اذا خاط بخيط مغصوب بطن مملوكه او
ادخل اللوح المغصوب في سفينته ثم قال الكرخي والفقيه ابو جعفر انه انما
لا ينقض اذا بنى في حوالي الساجة اما اذا بنى على نفس الساجة ينقض
وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الاصح قال ومن ذبح شاة غيره فمالكها
بالخيار ان شاء ضمنه قيمتها وسلمها اليه وان شاء ضمنه نقصانها وكذا
الجزور وكذا اذا قطع يدها وهذا ظاهر الرواية ووجهه انه اتلاف
من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل

وبقي بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب ولو كانت الدابة
غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها لوجود
الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف المملوك حيث ياخذه مع ارش
المقطوع لان الادمي يبقى منتفعا به بعد قطع الطرف قال ومن خرق
ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب لمالكه لان العين قائم
من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه وان خرق خرقا كبيرا يبطل
عامة منافعه فلمالكه ان يضمنه جميع قيمته لانه استهلاك من هذا
الوجه فكانه احرقه قال رضي الله عنه ومعناه يترك الثوب عليه
وان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان لانه تعييب من وجه من حيث
ان العين باقية وكذا بعض المنافع قائم ثم اشارة الكتاب الى ان الفاحش
ما يبطل به عامة المنافع والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين
وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت
به شيء من المنفعة وانما يدخل فيه النقصان لان محمدا جعل في الاصل قطع
الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع قال ومن غصب ارضا
فغرس فيها او بنى قيل له اقلع الغرس والبناء وردها لقوله عليه السلام ليس لعرق
ظالم حق ولان ملك صاحب الارض باق فان الارض لم تصر مستهلكة
والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها

كما اذا اشتغل ظرف غيره بطعامه فان كانت الارض تنقص بقلع ذلك فللمالك
ان يضمن له قيمة البناء والغرس مقلوعا فيكون له لان فيه نظرا لهما
ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعا معناه قيمة بناء او شجر يؤمر بقلعه
لان حقه فيه اذ لا قرار له فتقوم الارض بدون الشجر والبناء وتقوم
وبها شجر او بناء لصاحب الارض ان يأمره بقلعه فيضمن فضل ما بينهما

قال ومن غصب ثوبا فصبغه احمر او سويقا فلته بسمن فصاحبه بالخيار
ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وان شاء
اخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي في الثوب لصاحبه
ان يمسكه ويأمر الغاصب بقلع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل
الساحة لان التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لان التمييز متعذر
لنا ما بينا ان فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب
الاصل بخلاف الساحة يبني فيها لان النقض له بعد النقض اما الصبغ
يتلاشى وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب الريح لانه لا جناية من صاحب
الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الاصل الصبغ **قال** ابو عصمة في اصل
المسئلة وان شاء رب الثوب باعه ويضرب بقيمته ابيض وصاحب الصبغ
بما زاد الصبغ فيه لان له ان لا يتملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه
تعين رعاية الجانبين في البيع وبنا في هذا فيما اذا انصبغ الثوب

بنفسه

بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير ان السويق من ذوات
الامثال فيضمن مثله والثوب من ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في
الاصل يضمن قيمة السويق لان السويق يتفاوت بالقلي فلم يبق مثليا
وقيل المراد منه المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة كالحمرة ولو صبغه
اسود فهو نقصان عند ابي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا اختلاف
عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا ينقصه السواد فهو نقصان وان
كان ثوبا يزيد فيه السواد فكالحمرة وقد عرف في غير هذا الموضع ولو
كان ثوبا ينقصه الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ
الى عشرين فعن محمد انه ينظر الى ثوب يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة
خمسة ياخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدى الخمسين جبرت بالصبغ

فصل ومن غصب عينا فغيبها وضمنه المالك قيمتها ملكها
وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لان الغصب عدوان محض فلا
يصلح سببا للملك كما في المدبر لنا انه ملك البدل بكماله والمبدل
قابل للنقل من ملك الى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدبر لانه
غير قابل للنقل لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع
بعده يصادف القن **قال** والقول في القيمة قول الغاصب مع
يمينه لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع يمينه

الا ان يقيم المالك بينة باكثر من ذلك لانه اثبته بالحجة فان ظهرت العين
وقيمتها اكثر مما ضمن وقد ضمنها بقول المالك او ببينة اقامها او
بنكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو للغاصب لانه تم له
الملك بسبب اتصل به رضى المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وان كان ضمنه
بقول الغاصب مع يمينه فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء
اخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة
واخذه دونها لعدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه او دونه
في هذا الفصل الاخير فكذا الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله
الكرخي انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط ما يدعيه والخيار لفوات
الرضا قال ومن غصب عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته جاز بيعه
وان اعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لان ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته
مستندا او ضرورة ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد والناقص
يكفي لنفوذ البيع دون العتق كملك المكاتب قال وولد المغصوبة
ونماؤها وثمرة البستان المغصوب امانة في يد الغاصب ان هلك فلا
ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها اياه وقال الشافعي
زوائد الغصب مضمونة متصلة كانت او منفصلة لوجود الغصب وهو
اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كما في الظبية المخرجة من الحرم

اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه لنا ان الغصب اثبات اليد على مال
الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه
الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها اذ
الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه وكذا اذا تعدى فيه كما
قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه وفي الظبية
المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع
وانما يضمن اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع
وعلى هذا اكثر مشايخنا ولو اطلق الجواب فهو ضامن ضمان جناية
ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلان يجب بما فوقها
وهو اثبات اليد على مستحق الامن اولى قال وما نقصت الجارية بالولادة
في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد
وسقط ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي لا ينجبر النقصان
بالولد لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الظبية وكما اذا
هلك الولد قبل الرد او ماتت الام وبالولد وفاء وصار كما اذا جز صوف
شاة غيره او قطع قوائم شجر غيره او خصى عبد غيره او علمه الحرفة لنا
ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة او العلوق على ما
عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب

جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سقطت ثنيتها ثم نبتت او قطع يد
المغصوب في يده واخذ ارشها واداه مع العبد يحسب عن نقصان القطع و
ولد الظبية مضمون وكذا اذا ماتت الام وتخريج الثانية ان الولادة ليست
بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد
قبل الرد لانه لا بد من رد اصله للبراءة فكذا لا بد من رد خلفه والخصاء
لا يعد زيادة لانه غرض بعض الفسقة ولا اتحاد في السبب فيما وراء ذلك
من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو
وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية
فزنى بها ثم ردها فحبلت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم علقت و
لا ضمان عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن في الامة ايضا
لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة
فلا يضمن الغاصب كما اذا حمت في يد الغاصب ثم ردها فهلكت او زنت
في يده ثم ردها فجلدت منه وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع
فولدت عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله
انه غصبها وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد
الرد على الوجه الذي اخذه فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب
جناية فقتلت بها في يد المالك او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع

على الغاصب بخلاف القيمة كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب
ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد وفي فصل الشرى الواجب ابتداء
التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا سبب لجلد مؤلم لا
جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال ولا يضمن
الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان
وقال الشافعي يضمنها فيجب اجر المثل ولا فرق في المذهبين بينما
اذا عطلها او سكنها وقال مالك ان سكنها يجب اجر المثل وان عطلها
لا شيء عليه له ان المنافع اموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصوب
لنا انها حصلت على ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اذ هي لم تكن حادثة
في يد المالك لانها اعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والانسان لا يضمن ملكه
كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا بقاء لها ولانها لا تماثل الاعيان
لسرعة فنائها وبقاء الاعيان وقد عرفت هذه الماخذ في المختلف ولا نسلم
انها متقومة في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد
العقد الا ان ما انتقص باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض اجزاء العين

فصل في غصب ما لا يتقوم قال واذا اتلف المسلم
خمر الذمي او خنزيره ضمن وان اتلفهما لمسلم لم يضمن وقال الشافعي لا
يضمنهما للذمي ايضا وعلى هذا الخلاف اذا اتلفهما ذمي على ذمي او باعهما

الذمي من الذمي. وله أنه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في حق الذمي
لأنهم أتباع لنا في الأحكام فلا يجب بإتلافهما مال متقوم وهو الضمان.
ولنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير لهم كالشاة
ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون، والسيف موضوع فيتعذر الإلزام.
وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مملوك متقوم فيضمنه، بخلاف الميتة
والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تمولهما إلا أنه يجب قيمة الخمر
وإن كانت من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه
إعزازا له، بخلاف ما إذا جرت المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير
ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها. وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم
وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه
من الاستخفاف بالدين، وبخلاف متروك التسمية عامدا إذا كان لمن يبيحه لأن
ولاية المحاجة ثابتة. قال: فإن غصب من مسلم خمرا فخللها أو جلد
ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ جلد الميتة
ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه. والمراد بالفصل الأول إذا خللها بالنقل من الشمس
إلى الظل ومنه إلى الشمس، وبالفصل الثاني إذا دبغه بما له قيمة كالقرظ
والعفص ونحو ذلك. والفرق أن هذا التخليل تطهير له بمنزلة غسل
الثوب النجس فيبقى على ملكه إذ لا تثبت المالية به، وبهذا الدباغ اتصل بالجلد

مال متقوم للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ
الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه، وبيانه أن ينظر
إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما
وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع. قال:
وإن استهلكهما ضمن الخل ولم يضمن الجلد عند أبي حنيفة، وقالا يضمن
الجلد مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه. ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع.
أما الخل فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف
ويجب مثله لأن الخل من ذوات الأمثال. وأما الجلد فلهما أنه باق على
ملك مالكه حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك
ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه و
يعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه، ولأنه واجب الرد فإذا فوته فعليه
خلفه كالمستعار. وبهذا فارق الهلاك بنفسه. وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس، أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك
القدر ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم في الرد عليه.
وله أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعته متقومة لاستعماله
مالا متقوما فيه، ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ
فيه فكان حقا له، والجلد تبع لها في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة

غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد
حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته
قبلها وان لم يكن متقوما بخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما
كان ثابتا قبل الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما
فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل ليس له
ذلك لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وقيل ليس له
ذلك عند ابي حنيفة وعندهما له ذلك لانه اذا تركه عليه وضمنه عجز الغاصب عن
رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم قيل يضمنه
قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك وقيل قيمة
جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس فهو لمالكه
بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب فلو استهلكه الغاصب يضمن قيمته
مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي
حصله فلا يضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون ان صفة الدباغة
تابعة للجلد فلا يفرد عنه واذا صار الاصل مضمونا عليه فكذا صفته
ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه وعندهما اخذه المالك واعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة
دبغ الجلد ومعناه ههنا ان يعطي مثل وزن الملح من الخل قال

الاد

اراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل في دبغ الجلد
ولو استهلكه لا يضمن عند ابي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو
خللها بالقاء الخل فيه فعن محمد ان صار خلا من ساعته يصير
ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان
لم يصر خلا الا بعد زمان بان كان الملقى خلا قليلا فهو بينهما على قدر
ملكيهما لانه خلط الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك
وعند ابي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط
استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد
لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني
لانه اتلف ملك غيره وبعض المشايخ اجروا جواب الكتاب على اطلاقه
ان للمالك ان ياخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا
في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثرت اقوال المشايخ فيه وقد اثبتناها
في الكفاية قال ومن كسر لمسلم بربطا او مزمارا او دفا او اراق
له سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند
ابي حنيفة وقالا لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف و
الطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه
في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان

على قولهما وَالسَكَر اسمٌ للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو الباذق عن ابي حنيفة روايتان
في التضمين وَالبيع لهما ان هذه الاشياء اعدت للمعصية فبطل تقومها
كالخمر وَلانه فعل ما فعل آمرًا بالمعروف وَهو بامر الشرع فلا يضمنه
كما اذا فعل باذن الامام وَلابي حنيفة انها اموال لصلاحيتها لما يحل
من وجوه الانتفاع وَان صلحت لما لا يحل فصار كالامة المغنية وَهذا
لان الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع وَ
التضمين مرتبان على المالية والتقوم وَالامر بالمعروف باليد الى
الامراء لقدرتهم وباللسان الى غيرهم ويجب قيمتها غير صالحة للهو كما في
الجارية المغنية وَالكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل
والعبد الخصي يجب القيمة غير صالحة لهذه الامور كذا هذا وَفي السكر
والمنصف يجب قيمتهما وَلا يجب المثل لان المسلم ممنوع عن تمليك
عينه وَان كان لو فعل جاز وَهذا بخلاف ما اذا كان اتلف على
نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبًا لانه مُقرٌّ على ذلك وَمن غصب
ام وَلد او مدبرة فماتت في يده ضمن قيمة المدبرة وَلم يضمن قيمة ام
الولد عند ابي حنيفة وَقالا يضمن قيمتها لان مالية المدبرة متقومة
بالاتفاق وَمالية ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة وَالدلائل

ذكرنا

ذكرنا ما في كتاب العتاق من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وَهو الضم سميت بها لما فيها من ضم
المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس
المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب وَالطريق ثم للجار افاد هذا
اللفظ ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هولاء وَافاد الترتيب
اما الثبوت فلقوله عم الشفعة لشريك لم يقاسم وَلقوله عليه السلام
جار الدار احق بالدار وَالارض ينتظر له وَان كان غايبا اذا كان
طريقهما واحدًا وَلقوله عم الجار احق بسقبه قيل يا رسول الله
ما سقبه قال شفعته وَيروى الجار احق بشفعته وَقال الشافعي
لا شفعة بالجوار لقوله عم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود
وصرفت الطرق فلا شفعة وَلان حق الشفعة معدول به عن
سنن القياس لما فيه من تملك المال على الغير من غير رضاه وَقد ورد
الشرع به فيما لم يقسم وَهذا ليس في معناه لان مونة القسمة تلزمه
في الاصل دون الفرع لنا ما روينا وَلان ملكه متصل بملك الدخيل
اتصال تابيد وَقرار فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة
بالمال اعتبارا بمورد الشرع وَهذا لان الاتصال على هذه الصفة
انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار



على ما عرف وقطع هذه المادة بتملك الاصيل اولى لان الضرر في حقه
بازعاج عن خطة آبائه اقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح علة
لتحقيق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عم الشريك احق من الخليط
والخليط احق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق
المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال بالشركة في المبيع اقوى لانه
في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شركة في مرافق الملك والترجيح
يتحقق بقوة السبب ولان ضرر القسمة ان لم يصلح علة صلح مرجحا
قال وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة
لما ذكرنا انه مقدم قال فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان
سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق
وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف انه
مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى لانهم محجوبون
به ووجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم
فاذا سلم كان لمن يليه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في
المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار
معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار
في اصح الروايتين عن ابي يوسف لان اتصاله اقوى والبقعة واحدة

ثم

ثم لا بد ان يكون الطريق او الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه
فالطريق الخاص ان لا يكون نافذا والشرب الخاص ان يكون نهرا لا تجري فيه
السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وعن ابي يوسف
الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو
عام فان كانت سكة غير نافذة يتشعب منها سكة اخرى غير نافذة وهي
مستطيلة فبيعت دار في السفلى فلاهلها الشفعة خاصة دون اهل العليا
وان بيعت دار في العليا فلاهل السكتين والمعنى ما ذكرنا في كتاب ادب القاضي
ولو كان نهر صغير ياخذ منه نهر اصغر منه فهو على قياس الطريق فيما بيناه
قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة لكنه شفيع جوار
لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار
الا انه جار ملازق قال والشريك في الخشبة تكون على حائط الدار
جار لما بينا قال واذا اجتمع الشفعاء فالشفعة بينهم على عدد رؤوسهم
ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي على مقادير الانصباء لان
الشفعة من مرافق الملك الا ترى انها لتكميل منفعته فاشبه الربح والغلة
والولد والثمرة ولنا انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال
فيستوون في الاستحقاق الا ترى انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة
وهذا آية كمال السبب وكثرة الاتصال تؤذن بكثرة العلة والترجيح

بقوة في الدليل لا بكثرته والفرق بينهما لظهور الاخرى بمقابلته وتملك
ملك الغير لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها
ولو اسقط بعضهم حقه فهي للباقين في الكل على عددهم لان الانتقاص
للمزاحمة مع كمال السبب في حق كل منهم وقد انقطعت ولو كان
البعض غيبا يقضى بها بين الحضور على عددهم لان الغائب
لعله لا يطلب وان قضى للحاضر بالجميع ثم حضر آخر يقضى له بالنصف
ولو حضر ثالث فبثلث ما في يد كل واحد منهما تحقيقا للتسوية فلو
سلم الحاضر بعدما قضى له بالجميع لا يأخذ القادم الا النصف لان قضاء
القاضي بالكل للحاضر قطع حق الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء
قال والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه بعده لا انه هو السبب لان
سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا رغب
البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها ولهذا يكتفى بثبوت البيع في حقه
حتى يأخذه الشفيع اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال
وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب المواثبة لانه حق ضعيف يبطل
بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون
اعراضه عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد
قال وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري

قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع
في الهبة ويظهر فائدة هذا اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره
المستحق بها الشفعة او بيعت دار بجنب الدار المشفوعة قبل حكم
الحاكم او تسليم المخاصم لا يورث عنه في الصورة الاولى وبطل شفعته
في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له ثم قوله تجب بعقد البيع
بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما نبينه

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال واذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك على المطالبة اعلم ان
الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى لو بلغه
البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عم الشفعة لمن واثبها
ولو اخبر بكتاب والشفعة في اوله او في وسطه فقرا الكتاب الى آخره
بطلت شفعته وعلى هذا عامة المشايخ وهو رواية عن محمد وعنه ان
له مجلس العلم والروايتان في النوادر وبالثانية اخذ الكرخي لانه
لما ثبت له خيار التملك لا بد من زمان التامل كما في المخيرة ولو قال
بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم او
قال سبحان الله لا يبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من جواره
والثاني تعجب منه لقصد اضراره والثالث لافتتاح كلام فلا يدل شيء منه

على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن
دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في
الكتاب اشهد في مجلسه على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس
بلازم انما هو لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره
الكرخي ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال
طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان الاعتبار للمعنى واذا بلغ
الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان او رجل
وامراتان او واحد عدل عند ابي حنيفة وقالا يجب عليه ان يشهد اذا
اخبره واحد حرا كان او عبدا صبيا كان او امراة اذا كان الخبر حقا واصل
الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلائله واخواته فيما تقدم وهذا
بخلاف المخيرة اذا اخبرت عنده لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا
اخبره المشتري لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب
التقرير والاشهاد لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرنا
ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لانه على فور العلم بالشرى
فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب
ثم ينهض منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده
معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار فاذا فعل ذلك

استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد
وللثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به وان
سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ
لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وصورة هذا الطلب ان يقول ان فلانا
اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة واطلبها
الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف انه يشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة
والتمليك وسنذكر كيفيته قال ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا
الطلب عند ابي حنيفة وهو رواية عن ابي يوسف وقال محمد ان تركها
شهرا بعد الاشهاد بطلت وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر
وعن ابي يوسف انه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي تبطل
شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل على
اعراضه وتسليمه وجه قول محمد انه لو لم يسقط بتاخير الخصومة ابدا
يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذار نقضه من جهة الشفيع
فقدرناه بشهر لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه
قول ابي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى ان الحق متى ثبت
واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كما في سائر الحقوق

وما ذكر من القضاء يشكل بما اذا كان غائبا ولا وقف حق المشتري بين
الحضر والسفر ولو علم انه لم يكن في البلد قاض لا يبطل شفعته بالتأخير
بالاتفاق لانه لا يمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال
واذا تقدم الشفيع الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سال القاضي
المدعى عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة
لان اليد ظاهر محتمل فلا يكفي لاثبات الاستحقاق قال رضه يسال القاضي
المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار وحدودها
لانه ادعى حقا فيها فصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك يساله
عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال انا شفيعها بدار لي تلاصقها
الان تم دعواه على ما قاله الخصاف وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار
التي يشفع بها ايضا وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد
قال فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك للذي
ذكره مما يشفع به معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به
لزمه ثم هو استحلاف على ما في يد غيره فيحلف على العلم فان نكل او قامت
للشفيع بينة ثبت ملكه الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك
يساله القاضي يعني المدعى عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع
اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة قال

فان

فان عجز عنها استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق عليه في هذه الدار
شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا
الكلام فيه في الدعوى وذكرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على البتات
لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على البتات قال
ويجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى
القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد
انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة لان
الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال
المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا
لا يجب احضاره قال واذا قضي له بالدار فللمشتري ان يحبسه حتى يستوفي الثمن
وينفذ القضاء عند محمد ايضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس
فيه ولو اخر اداء الثمن بعد ما قال له ادفع الثمن اليه لا تبطل شفعته
لانها تأكدت بالخصومة عند القاضي قال واذا احضر الشفيع البائع
والمبيع في يده فله ان يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يد مستحقة ولا يسمع
القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بمشهد منه ويقضي بالشفعة
على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي
يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت

حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله
فيفسخ البيع بمشهد منه اشارة الى علة اخرى وهي ان البيع في حق المشتري
اذا كان ينفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه ثم وجه هذا الفسخ
المذكور ان ينفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة
وهو يوجب الفسخ الا انه يبقى اصل البيع لتعذر انفساخه لان الشفعة بناء
عليه ولكنه تتحول الصفقة اليه ويصير كانه هو المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة
على البائع بخلاف ما اذا قبضه المشتري فاخذه من يده حيث يكون العهدة
عليه لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وانه يوجب
الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى قال ومن اشترى دارا لغيره فهو
الخصم للشفيع لانه هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد
فيتوجه عليه قال الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون
الخصم هو الموكل وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف
فتسليمه اليه كتسليم البائع الى المشتري فتصير الخصومة معه الا انه
مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم و
كذلك اذا كان البائع وكيلا لغائب فللشفيع ان ياخذها منه اذا كانت
في يده لانه عاقد وكذا اذا كان البائع وصيا لميت فيما يجوز بيعه لما
ذكرنا واذا قضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية فان وجد بها عيبا

عيبا فله ان يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ
بالشفعة بمنزلة الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران
كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا برؤيته لانه ليس
بنائب عنه فلا يملك اسقاط حقه

فصل في الاختلاف

واذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري لان الشفيع
يدعي استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو ينكر والقول للمنكر مع يمينه ولا
يتحالفان لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري
لا يدعي عليه شيئا لتخيره بين الترك والاخذ ولا نص هنا فلا يتحالفان
ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
البينة بينة المشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة البائع والوكيل والمشتري
من العدو ولهما انه لا تنافي فيجعل كان الموجود بيعان وللشفيع
ان ياخذ بايهما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا توالي بينهما
الا بانفساخ الاول وهذا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخريج
لبينة الوكيل لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على
ما روي عن محمد واما المشتري من العدو فقلنا ذكر في السير الكبير ان
البينة بينة المالك القديم فلنا ان نمنع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني
هنالك الا بفسخ الاول اما هنا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة و

وبينة المشتري غير ملزمة والبينات للإلزام **قال** وإذا ادعى المشتري ثمنا وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع ويكون ذلك حطا عن المشتري وهذا لأن الأمر إن كان على ما قال البائع فقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط يظهر في حق الشفيع على ما نبين ولأن التملك على البائع بإيجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فيأخذ الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الأكثر يتحالفان ويترادان وأيهما نكل ظهر أن الثمن ما يقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك وإن حلفا يفسخ القاضي البيع على ما عرف ويأخذها الشفيع بقول البائع لأن فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع **قال** وإن كان قبض الثمن أخذ بما قال المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع لأنه لما استوفى الثمن انتهى حكم العقد وخرج هو من البين فصار كالأجنبي وبقي الاختلاف بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بالألف لأنه لما بدأ بالإقرار بالبيع تعلقت الشفعة به فبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد إسقاط حق الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو ألف لم يلتفت إلى قوله لأنه بالأول وهو الإقرار بقبض الثمن

خرج من البين وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن

فصل فيما يؤخذ به المشفوع

وإذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن الشفيع وإن حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع لأن حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لأن الثمن ما بقي وكذا إذا حط بعد ما أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في البيوع وإن زاد المشتري للبائع لم تلزم الزيادة الشفيع لأن في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه الأخذ بما دونها بخلاف الحط لأن فيه منفعة له ونظير الزيادة إذا جدد العقد بأكثر من الثمن الأول لم يلزم الشفيع حتى كان له أن يأخذها بالثمن الأول لما بينا كذا هذا **قال** ومن اشترى دارا بعرض أخذها الشفيع بقيمته لأنه من ذوات القيم وإن اشتراها بمكيل أو موزون أخذها بمثله لأنهما من ذوات الأمثال وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الإتلاف والعددي المتقارب من ذوات الأمثال وإن باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر لأنه بدله وهو من ذوات القيم فيأخذه بقيمته **قال** وإذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار إن شاء أخذها بثمن حال وإن شاء صبر حتى ينقضي الأجل ثم يأخذها وليس

ان باخذها في الحال بثمن موجل وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم
لان كونه موجلا وصف في الثمن كالزيافة والاخذ بالشفعة به فياخذه
باصله ووصفه كما في الزيوف ولنا ان الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط
فيما بين الشفيع والبايع او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا
به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاءة وليس الاجل وصف الثمن لانه
حق المشتري ولو كان وصفا له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن وصار
كما اذا اشترى شيئا بثمن موجل ثم ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا
هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع سقط الثمن من المشتري لما قلنا
من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على المشتري بثمن موجل
كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ الشفيع فبقي موجبه
فصار كما اذا كان باعه بثمن حال وقد اشتراه موجلا وان اختار الانتظار
له ذلك لان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في
الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ اما الطلب
عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة ومحمد خلافا
لقول ابي يوسف الاخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخى
عن الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يوديه الثمن حالا فيشترط
الطلب عند العلم بالبيع قال واذا اشترى ذمي بخمر او خنزير وشفيعها ذمي

اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بالصحة فيما بينهم
وحق الشفعة يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة
فياخذ الاول بالمثل والثاني بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها
بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير فظاهر واما الخمر لامتناع التسليم والتسلم
في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان كان شفيعها مسلما وذميا اخذ المسلم
نصفها بنصف قيمة الخمر والذمي نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل
فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تمليك الخمر وبالاسلام
يتاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشترى بكر من رطب فحضر الشفيع
بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل** واذا بنى المشتري
او غرس ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء اخذها بالثمن
وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وعن ابي يوسف انه
لا يكلف القلع ويخير بين ان ياخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين
ان يترك وبه قال الشافعي الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء
لابي يوسف انه محق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع
من احكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما اذا
زرع المشتري فانه لا يكلف القلع وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بتحمل الادنى فيصار اليه وجه ظاهر الرواية انه بنى في محل تعلق به

حق متاكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن
اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه
ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من التصرفات بخلاف الهبة وبخلاف
الشرى الفاسد عند ابي حنيفة لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان
حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى
لايجاب القيمة كما في الاستحقاق والزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع استحسانا
لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كثير الضرر وان اخذه بالقيمة
يعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع فبنى فيها
او غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذها بغير حق ولا يرجع
بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذها
منه وعن ابي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشتري
والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور من جهة البائع ومسلط
عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط في حق الشفيع من المشتري لانه
مجبور عليه قال واذا انهدمت الدار او احترق بناؤها او جف شجر البستان
بغير فعل احد فالشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن لان البناء
والغرس تابع حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن
ما لم يصر مقصودا ولهذا يبيعها مرابحة بكل الثمن في هذه الصورة بخلاف

ما اذا غرق نصف الارض حيث ياخذ الباقي بحصته لان الفائت
بعض الاصل قال وان شاء ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار بماله
قال وان نقض المشتري البناء قيل للشفيع ان شئت فخذ العرصة
بحصتها وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء
من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بافة سماوية وليس للشفيع
ان ياخذ النقض لانه صار مفصولا فلم يبق تبعا قال ومن ابتاع
ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر
في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي ذكره استحسان وفي القياس
ان لا ياخذه لانه ليس بتبع الا يرى انه لا يدخل في البيع من غير ذكر فاشبه
المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا للعقار
كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فياخذه الشفيع قال وكذلك ان
ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني ياخذه الشفيع لانه
مبيع تبعا لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال فان جذه
ثم جاء الشفيع لا ياخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار
وقت الاخذ حيث صار مفصولا عنه فلا ياخذه قال في الكتاب فان جذه
المشتري سقط عن الشفيع حصته قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل
الاول لانه دخل في البيع مقصودا فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني

باخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد
فلا يكون مبيعًا الا تبعًا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجب فيه الشفعة وما لا يجب

قال الشفعة واجبة في العقار وان
كان مما لا يقسم وقال الشافعي لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة
انما وجبت دفعا لمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله
عم الشفعة في كل شيء عقار او ربع الى غير ذلك من العمومات ولان
الشفعة سببه الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار على ما مر
وانه ينتظم القسمين ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر
والطريق قال ولا شفعة في العروض والسفن لقوله عم لا شفعة الا في
ربع او حائط وهو حجة على مالك في ايجابها في السفن ولان الشفعة
انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم
حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة
في البناء والنخل اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل
لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة
ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بما له
حق القرار التحق بالعقار قال والمسلم والذمي في الشفعة سواء
للعمومات ولانهما يستويان في السبب والحكمة فيستويان

في الاستحقاق ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير
والباغي والعادل والحر والعبد اذا كان ماذونا او مكاتبا قال واذا ملك
العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة لانه امكن مراعاة شرط
الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملك به المشتري صورة او قيمة على ما مر
قال ولا شفعة في الدار التي يتزوج عليها الرجل او يخالع المرأة بها
او يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها
عبدا لان الشفعة عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال لما بينا وهذه
الاعواض ليست باموال فايجاب الشفعة فيها خلاف المشروع وقلب
الموضوع وعند الشافعي يجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة
عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر بمثلها كما في البيع بالعرض بخلاف
الهبة لانه لا عوض فيها راسا وقوله يتأتى فيما اذا جعل شقصا من دار
مهرا او ما يضاهيه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم
منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة ضروري فلا يظهر في
حق الشفعة وكذا الدم والعتق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره
في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيهما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم
فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبضع
بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها

على دار على ان يرد عليه الفا فلا شفعة في جميع الدار عند ابي حنيفة وقالا
تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يعقد بمعنى البيع فيه تابع
ولهذا ينعقد بلفظة النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل
فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان
المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة
الربح لكونه تابعا فيه قال او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار
وجبت فيه الشفعة قال رضي الله عنه هكذا ذكر في اكثر نسخ المختصر والصحيح
او يصالح عنها بانكار مكان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار بقيت
الدار في يده فهو يزعم انها لم تزل عن ملكه وكذلك اذا صالح عنها بسكوت
لانه يحتمل انه بذل المال افتداء ليمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا
انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح عنها باقرار لانه معترف بالملك للمدعي
وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية اما اذا صالح عليها باقرار
او سكوت او انكار وجبت الشفعة فيه في جميع ذلك لانه اخذها عوضا
عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل بزعمه قال ولا شفعة
في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض مشروط لانه بيع انتهاء ولا بد من
القبض وان لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعا لانه هبة ابتداء وقد
قررناه في الهبة بخلاف ما اذا لم يكن العوض مشروطا في العقد لان كل

واحد

واحد منهما هبة مطلقة الا انه اثيب منها فامتنع الرجوع قال
ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع
فان اسقط الخيار وجبت الشفعة لانه زال المانع عن الزوال و
يشترط الطلب عند سقوط الخيار في الصحيح لان البيع يصير سببا لزوال الملك
عند ذلك وان اشترى بشرط الخيار وجبت فيها الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك
عن البائع بالاتفاق والشفعة تبتنى عليه على ما مر واذا اخذها في الثلاث
وجب البيع لعجز المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لانه يثبت بالشرط وهو
للمشتري دون الشفيع وان بيعت دار الى جنبها والخيار لاحدهما فله الاخذ
بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان للمشتري
وفيه اشكال اوضحناه في البيوع ولا نعيده واذا اخذها كان اجازة
منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره باخذ ما بيع
بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته
ثم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية لانعدام ملكه
في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء فاسدا فلا
شفعة فيها اما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال
الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة
تقرير الفساد فلا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح لانه صار

اختص به نصًّا وفي الفاسد ممنوع عنه قال فان سقط الفسخ وجبت الشفعة
لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعدُ فله الشفعة لبقاء
ملكه وان سلّمها الى المشتري فهو شفيعها لان الملك له ثم ان سلّم البائع قبل
الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلّم بعده لان بقاء
ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقي المأخوذ بالشفعة
على ملكه فان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت
لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم له بالشفعة وان استردها
بعد الحكم بالشفعة له بقيت لانه بقي على ملكه لما بيّنا قال واذا اقتسم
الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز
ولهذا يجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال واذا
اشترى دارا فسلّم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري بخيار رؤية او شرط
او بعيب بقضاء قاضٍ فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد
الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض
وعدمه وان ردّها بعيب بغير قضاء او تقايلا البيع فللشفيع الشفعة
لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وانه بيع
جديد في حق ثالث لوجود حد البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي
والشفيع ثالث ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل

قال

وان كان بغير قضاء على ما عرف وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة
الدار ولا خيار رؤية بكسر اللام معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية
لما بيّناه ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة
في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما يثبتان
لخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود في القسمة

باب ما يبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر على ذلك بطلت شفعته لاعراضه
عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة
وكذلك ان اشهد في المجلس ولم يشهد على احد المتبايعين ولا عند العقار
وقد اوضحناه من قبل قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت
الشفعة وردّ العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل
بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه
بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا
لو باع شفعته بمال لما بيّنا بخلاف القصاص لانه حق متقرر وبخلاف الطلاق
والعتاق لانه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني
بالف او قال العنّين لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط
الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية

وفي الاخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال فقيل هذه رواية في الشفعة و
قيل هي في الكفالة خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت
شفعته وقال الشافعي تورث قال رضه معناه اذا مات بعد البيع قبل القضا
بالشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع
لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع ولانه
بالموت يزول ملكه عن داره ويثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه
وقت البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط فلا تستوجب
الشفعة بدونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير
سبب حقه ولا يباع في دين المشتري ووصيته ولو باعه القاضي او
الوصي او اوصى المشتري فيها بوصية فللشفيع ان يبطله ويأخذ الدار
لتقدم حقه ولهذا ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع
ما يشفع به قبل ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق
قبل التملك وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة
كما اذا سلم صريحا او ابرأ عن الدين وهو لا يعلم وهذا بخلاف ما اذا باع
الشفيع داره بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال فبقي الاتصال قال ووكيل
البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع
فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له لا شفعة له ومن اشترى

او

او ابتيع له فله الشفعة لان الاول باخذه المشفوعة يسعى في نقض
ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالاخذ بالشفعة
لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك عن البائع وهو الشفيع فلا
شفعة له وكذا اذا باع وشرط الخيار لغيره فامضى المشروط له الخيار
البيع وهو الشفيع فلا شفعة له لان البيع تم بامضائه بخلاف
جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال واذا بلغ الشفيع
انها بيعت بالف فسلم ثم علم انها بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها
الف او اكثر فتسليمه باطل وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن
في الاول او لتعذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ
الجنس مختلف وكذا كل موزون او مكيل او عددي متقارب بخلاف
ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة
وهي دراهم او دنانير وان بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا
شفعة له وكذا اذا كانت اكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس
ولنا ان الجنس متحد في حق الثمنية قال واذا قيل ان المشتري فلان
فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار ولو علم
ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد
في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة لان التسليم

لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في ظاهر الرواية لان التسليم
في الكل تسليم في ابعاضه **فصل** وإذا باع دارا الا مقدار ذراع في
طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة
وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بيناه **قال** وان ابتاع منها
سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول دون الثاني
لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان
اراد الحيلة ابتاع السهم الاول بالثمن الا درهما مثلا والباقي بالباقي
وان ابتاعها بثمن ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثمن دون
الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه
وهذه حيلة اخرى تعم الجوار والشركة فيباع باضعاف قيمته ويعطى بها
ثوب بقدر قيمته الا انه لو استحقت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري
الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن
دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير
قال ولا تكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف وتكره عند محمد
لان الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه و
لابي يوسف انه منع عن اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة
في اسقاط الزكوة **مسائل متفرقة** وإذا اشترى خمسة نفر دارا

من رجل فللشفيع ان ياخذ نصيب احدهم وان اشتراها رجل من
خمسة اخذها كلها او تركها والفرق ان في الوجه الثاني باخذ البعض
تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر وفي الوجه الاول
يقوم الشفيع مقام احدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما
قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم
اذا نقد ما عليه ما لم ينقد الآخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع
بمنزلة احد المشترين بخلاف ما بعد القبض لانه سقطت يد البائع وسواء
سمى لكل بعض ثمنا او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة
لا للثمن وهنا تفريعات ذكرناها في الكفاية **قال** ومن اشترى نصف
دار غير مقسومة فقاسمه البائع اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري
او يدع لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا
يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له
نفع فيه بعود العهدة على البائع فكذا لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف
ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري
الذي لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي
قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم
الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب

بعد ان الشفيع ياخذ النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان
وهو المروي عن ابي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة ق
عن ابي حنيفة انه انما ياخذه اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه
لا يبقى جارا في الجانب الاخر قال ومن باع دارا وله عبد ماذون له عليه
دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فلمولاه الشفعة لان
الاخذ بالشفعة تملك بالثمن فينزل منزلة الشرى وهذا لانه مفيد لانه
يتصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع
له قال وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد وزفر هو على شفعته اذا بلغ قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شرى
دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة
في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر انه حق ثابت للصغير فلا
يملكان ابطاله كديته وقوده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا
به ولهما انه في معنى التجارة فيملكان تركه الا يرى ان من اوجب بيعا
للصبي صح رده من الاب والوصي ولانه دائر بين النفع والضرر وقد
يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكانه ق
سكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها
فان بيعت باكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فيه قيل جاز التسليم بالاجماع

لانه

لانه تمحض نظرا وقيل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم
كالاجنبي وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة انه لا يصح منهما ولا رواية
عن ابي يوسف

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عم باشرها في المغانم
والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى عن معنى المبادلة
لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو ياخذه
عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافرازا والافراز
هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان لاحدهما
ان ياخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشترياه فاقتسماه يبيع احدهما
نصيبه مرابحة بنصف الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات
والعروض للتفاوت حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الاخر
ولو اشترياه فاقتسماه لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا
انها اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد
الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة مما يجري
فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لان احدهم بطلب القسمة يسال القاضي
ان يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب

[Marginal glosses: وهو شفيعها — وشراء احدهما من صاحبه يجوز — جواب السؤال ... [illegible]]

على القاضي اجابته وان كان اجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها
لتعذر المعادلة باعتبار فحش التفاوت في المقاصد ولو تراضوا
عليها جاز لان الحق لهم قال وينبغي للقاضي ان ينصب قاسما يرزقه
من بيت المال ليقسم بين الناس بغير اجر لان القسمة من جنس عمل
القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق القاضي و
لان منفعة نصب القاسم تعم العامة فتكون كفايته في مالهم غرما
بالغنم قال فان لم يفعل نصب قاسما يقسم بالاجر معناه باجر على
المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص ويقدر اجر مثله كيلا
يتحكم بالزيادة والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه ارفق بالناس
وابعد عن التهمة ويجب ان يكون عدلا مامونا عالما بالقسمة لانه
من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الاعتماد
على قوله وهو بالامانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه
لا يجبرهم على ان يستاجروه لانه لا جبر على العقود ولانه لو تعين لتحكم
بالزيادة على اجر مثله ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز الا اذا كان
فيهم صغير فيحتاج الى امر القاضي لانه لا ولاية لهم عليه ولا يترك القسام
يشتركون كيلا تصير الاجرة غالية بتواكلهم وعند عدم الشركة يتبادر

كل

كل منهم اليه خيفة الفوت فيرخص الاجر قال واجرة القسمة
على عدد الرؤوس عند ابي حنيفة وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة
الملك فيتقدر بقدره كاجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشتركة
ونفقة المملوك المشترك ولابي حنيفة ان الاجر مقابل بالتمييز وانه
لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر
فيتعذر اعتباره فيتعلق الحكم باصل التمييز بخلاف حفر البئر لان الاجر
مقابل بنقل التراب وهو يتفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة
قيل هو على الخلاف وان لم يكن للقسمة فالاجر مقابل بعمل الكيل والوزن
وهو يتفاوت وهو العذر لو اطلق ولا يفصل وعنه انه على الطالب
دون الممتنع لنفعه ومضرة الممتنع قال واذا حضر الشركاء عند
القاضي وفي ايديهم دار او ضيعة وادعوا انهم ورثوها عن فلان
لم يقسمها القاضي عند ابي حنيفة حتى يقيموا البينة على موته وعدد
ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر في كتاب القسمة
انه قسمها بقولهم وان كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا
انهم ورثوها قسمها في قولهم ولو ادعوا في العقار انهم اشتروه قسمه
بينهم لهما ان اليد دليل الملك والاقرار امارة الصدق ولا منازع
لهم فيقسمه بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا

لانه لا منكر ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد الا انه يذكر في كتاب القسمة
انه قسمها باقرارهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم له ان القسمة قضاء
على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة
تنفذ وصاياه فيها وتقضى ديونه منها بخلاف ما بعد القسمة
واذا كانت قضاء على الميت فالاقرار ليس بحجة عليه فلا بد من
البينة وهو مفيد لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث
ولا يمتنع ذلك باقراره كما في الوارث او الوصي المقر بالدين فانه
تقبل البينة عليه مع اقراره بخلاف المنقول لان في القسمة نظرا
للحاجة الى الحفظ اما العقار محصن بنفسه ولان المنقول مضمون
على من في يده والعقار لا يضمن عنده وبخلاف المشترى لان المبيع
لا يبقى على ملك البائع وان لم يقسم فلم تكن القسمة قضاء على الغائب
قال وان ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل قسم بينهم لانه ليس
في القسمة قضاء على الغير فانهم ما اقروا بالملك لغيرهم قال رضي هذه
رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير ارض ادعاها رجلان و
اقاما البينة انها في ايديهما واراد القسمة لم يقسم حتى يقيما البينة
انها لهما لاحتمال ان يكون لغيرهما ثم قيل هو قول ابي حنيفة خاصة وقيل
قول الكل وهو الاصح لان قسمة الحفظ في العقار غير محتاج اليه

وقسمة الملك تفتقر الى قيامه ولا ملك فامتنع الجواز قال واذا حضر
وارثان واقاما البينة على الوفاة وعدد الورثة والدار في ايديهم ومعهم
وارث غائب قسمه القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلا يقبض نصيب الغائب
وكذا لو كان مكان الغائب صبيا يقسم وينصب وصيا يقبض نصيبه لان
فيه نظرا للغائب والصغير ولا بد من اقامة البينة في هذه الصورة
عنده ايضا خلافا لهما كما ذكرنا من قبل ولو كانوا مشترين لم يقسم مع
غيبة احدهم وان اقاموا بينة على الشراء والفرق ان ملك الوارث ملك
خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير
مغرورا بشراء المورث فانتصب احدهما خصما عن الميت فيما في يده
والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين اما
الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا
يصلح الحاضر خصما عن الغائب فوضح الفرق وان كان العقار في يد الوارث
الغائب او شيء منه لم يقسم وكذا اذا كان في يد مودعه وكذا اذا كان
في يد الصغير لان القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من
غير خصم حاضر عنهما وامين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه
والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة
وعدمها هو الصحيح كما اطلق في الكتاب قال وان حضر وارث واحد

لم يقسم وان اقام البينة لانه لابد من حضور خصمين لان الواحد لا
يصلح مخاصماً ومخاصَماً وكذا مقاسِماً ومقاسَماً بخلاف ما اذا كان الحاضر
اثنين لما بيّنا ولو كان الحاضر كبيراً وصغيراً نصب القاضي عن الصغير
وصياً وقسم اذا اقيمت البينة وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث
فيها وطلبا القسمة واقاما البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين
الكبير عن الميت والموصى له عن نفسه وكذا الوصي عن الصبي كانه حضر بنفسه
بعد البلوغ لقيامه مقامه **فصل فيما يقسم وما لا يقسم**
قال واذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب احدهم
لان القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب احدهم على ما بيناه من
قبل فان كان ينتفع احدهم والآخر يستضر به لقلة نصيبه فان طلب
صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم لان الاول منتفع
فاعتبر طلبه والثاني متعنت في طلبه فلا يعتبر وذكر الجصاص على قلب هذا
لان صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر
الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه اندرج
فيما ذكرناه والاصح المذكور في الكتاب وهو الاول وان كان كل واحد
يستضر لصغره لم يقسمها الا بتراضيهما لان الجبر على القسمة لتكميل المنفعة
وفي هذا تفويتها ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما وهما اعرف بشانهما

اما

اما القاضي فيعتمد الظاهر **قال** ويقسم العروض اذا كانت من صنف واحد
لان عند اتحاد الجنس يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة
والتكميل في المنفعة ولا يقسم الجنسين بعضها في بعض لانه لا اختلاط
بين الجنسين فلا تقع القسمة تمييزاً بل تقع معاوضة وسبيلها التراضي
دون جبر القاضي ويقسم القاضي كل مكيل او موزون كثيراً او قليلاً
والمعدودات المتقاربة وتبر الذهب والفضة وتبر الحديد
والنحاس والابل بانفرادها او البقر او الغنم ولا يقسم شاة وبعيراً
وبرذوناً وحماراً ولا يقسم الاواني لانها باختلاف الصنعة التحقت
بالاجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا
يقسم ثوباً واحداً لاشتمال القسمة على الضرر اذ لا تتحقق الا بالقطع
ولا ثوبين اذا اختلفت قيمتهما لما بينا بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل
ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة ارباع ثوب
لانه قسمة البعض دون البعض وذلك جائز وقال ابو حنيفة لا يقسم
الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا يقسم الرقيق لاتحاد الجنس كما في
الابل والغنم ورقيق المغنم له ان التفاوت في الآدمي فاحش لتفاوت
المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان التفاوت
فيها يقل عند اتحاد الجنس الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان

ومن الحيوان جنس واحد بخلاف المغنم لان حق الغانمين في المالية حتى
كان للامام بيعها وقسمة ثمنها وهنا يتعلق بالعين والمالية
فافترقا وأما الجواهر فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي و
اليواقيت وقيل لا يقسم الكبار منها لكثرة التفاوت ويقسم
الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري الجواب على اطلاقه لان جهالة
الجواهر افحش من جهالة الرقيق الا ترى انه لو تزوج على لؤلؤة
او ياقوتة او خالع عليها لا تصح التسمية ويصح ذلك على عبد فاولى
ان لا يجبر على القسمة قال ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا ان يتراضى
الشركاء وكذا الحائط بين الدارين لانه يشتمل على الضرر في الطرفين
اذ لا يبقى لكل نصيب منتفعا به انتفاعا مقصودا فلا يقسم القاضي
بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور مشتركة في مصر
واحد قسم كل دار على حدتها متلازقة كانت او متفرقة في قول
ابي حنيفة وقالا ان كان الاصلح لهم قسمة بعضها في بعض قسمها
وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد
اسما وصورة نظرا الى اصل السكنى اجناس معنى نظرا الى اختلاف
المقاصد ووجوه السكنى فيفوض الترجيح الى القاضي وله ان الاعتبار
للمعنى وهو المقصود ويختلف ذلك باختلاف البلدان والمحال و

الجيران

والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل
في القسمة فلهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا
يصح التسمية كما هو الحكم فيهما في الثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت
بيوتها لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة
قال رضه تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في
مصرين لا يجمعان في القسمة عندهما وهو رواية هلال عنهما وعن محمد
انه يقسم احداهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال يقسم قسمة واحدة
لان التفاوت فيما بينهما يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة
كالدور لانه بين الدار والبيت على ما مر من قبل فاخذ شبها من كل
واحد قال وان كانت دار وضيعة او دارا وحانوتا قسم كل واحد
منهما على حدة لاختلاف الجنس قال رضه اشار جعل الدار والحانوت جنسين و
كذا ذكر الخصاف وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت
لا يجوز وهذا يدل على انهما جنس واحد فيجعل في المسألة روايتان او يبني
حرمة الربوا هنالك على شبهة المجانسة

فصل في كيفية القسمة

وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله يعني يسويه على
سهام القسمة ويروى يعزله اي يقطعه بالقسمة عن غيره ويذرعه
ليعرف قدره ويقوم البناء لحاجته اليه في الآخرة ويفرز كل نصيب

عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم بنصيب البعض تعلق
فتنقطع المنازعة ويتحقق معنى القسمة على التمام ثم يلقب نصيبا بالاول
والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم تخرج القرعة فمن خرج اسمه
اولا فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله الثاني والاصل ان ينظر
في ذلك الى اقل الانصباء حتى اذا كان الاقل ثلثا جعله اثلاثا وان
كان سدسا جعلها اسداسا لتمكن القسمة وقد شرحناه في كفاية
المنتهي وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه بيان
الافضل فان لم يفعل او لم يمكن جاز على ما نذكره بتفصيله والقرعة
لتطييب القلوب وازاحة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا
من غير اقراع جاز لانه في معنى القضاء فيملك الالزام قال ولا يدخل
في القسمة الدراهم الا برضاهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق
الاشتراك ولانه يفوت به التعديل في القسمة لان احدهما يصل
الى عين العقار ودراهم الآخر في ذمته ولعلها لا تسلم له واذا كان
ارض وبناء فعن ابي يوسف انه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لانه لا يمكن
اعتبار المعادلة الا بالتقويم وعن ابي حنيفة انه يقسم الارض
بالمساحة لانه هو الاصل في الممسوحات ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه او من كان نصيبه اجود دراهم على الآخر حتى يساويه

فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالاخ لا ولاية له في المال ثم يملك
تسميته الصداق ضرورة التزويج وعن محمد انه يرد على شريكه بمقابلة
البناء ما يساويه من العرصة واذا بقي فضل ولا يمكن تحقيق التسوية
بان لا تفي العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد الفضل دراهم لان الضرورة
في هذا القدر فلا يترك الاصل الا بها وهذا يوافق رواية الاصل قال
فان قسم بينهم ولاحدهم مسيل في نصيب الآخر او طريق لم يشترط
في القسمة فان امكن صرف الطريق والمسيل عنه ليس له ان يستطرق
ويسيل في نصيب الآخر لانه امكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر
وان لم يمكن فسخت القسمة لان القسمة مختلة لبقاء الاختلاط
فتستأنف بخلاف البيع حيث لا يفسد في هذه الصورة لان المقصود
منه تملك العين وانه يجامع تعذر الانتفاع في الحال اما القسمة
لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك الا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه
الاول كذلك الجواب لان معنى القسمة الافراز والتمييز وتمام ذلك
بان لا يبقى لكل واحد تعلق بنصيب الآخر وقد امكن تحقيقه بصرف
الطريق والمسيل الى غيره من غير ضرر فيصار اليه بخلاف البيع
اذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان له من الطريق والمسيل

لانه لا يمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق
بملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لان القسمة لتكميل المنفعة
وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتباره وفيها معنى
الافراز وذلك بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره لا يدخل من
غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص لان كل
المقصود الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل
من غير ذكر ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة ان كان
يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع
لجماعتهم لتحقق الافراز بالكلية دونه وان كان لا يستقيم ذلك رفع
طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو
اختلفوا في مقداره جعل على عرض باب الدار وطوله لان الحاجة
تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فيما
وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا ان الطريق بينهم اثلاثا جاز وان
كان اصل الدار نصفين لان القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي
قال وان كان سفل لا علو له وعلو لا سفل له وسفل له علو
قوم كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا معتبر بغير ذلك قال رضي الله عنه

وهذا عند محمد وقال ابو حنيفة وابو يوسف انه يقسم بالذرع لمحمد ان السفل يصلح لما
لا يصلح له العلو من اتخاذه بئرا او سردابا او اصطبلا او غير ذلك فلا يتحقق
التعديل الا بالقيمة وهما يقولان ان القسمة بالذرع هي الاصل لان الشركة
في المذروع لا في القيمة فيصار اليه ما امكن والمراعى التسوية في السكنى لا في
المرافق ثم اختلفا فيما بينهما في كيفية القسمة بالذرع فقال ابو حنيفة ذراع
من سفل بذراعين من علو وقال ابو يوسف ذراع بذراع قيل اجاب كل
منهما على عادة اهل عصره او بلده في تفضيل السفل على العلو واستوائهما
وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى وقيل هو اختلاف معنى ووجه قول
ابي حنيفة ان منفعة السفل تربو على منفعة العلو بضعفه لانها
تبقى بعد فوات العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل
فيه منفعة البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير اذ لا يمكنه البناء على علوه
الا برضا صاحب السفل فيعتبر ذراعان منه بذراع من السفل ولابي
يوسف ان المقصود اصل السكنى وهما يتساويان فيه والمنفعتان متماثلتان
لان لكل واحد منهما ان يفعل ما لا يضر بالآخر على اصله ولمحمد ان المنفعة
تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما فلا يمكن التعديل الا بالقيمة
والفتوى على قول محمد وقوله لا يفتقر الى التفسير وتفسير قول ابي حنيفة في
مسئلة الكتاب ان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون

وثلث ذراع من البيت الكامل لان العلو مثل نصف السفل فثلاثة في الاثنين
وثلث من السفل ستة وستون وثلثان من العلو معه ثلاثة وثلاثون
وثلث ذراع من العلو فبلغ مائة ذراع فيساوي مائة من العلو
المجرد ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد من البيت
الكامل ستة وستون وثلثا ذراع لان علوه مثل نصف سفله
فبلغ مائة ذراع كما ذكرنا والسفل المجرد ستة وستون وثلثان
لانه ضعف العلو فيجعل بمقابلة مثله وتفسير قول ابي يوسف ان
يجعل بازاء خمسين ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل
المجرد او مائة ذراع من العلو المجرد لان العلو والسفل عنده
سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل بمنزلة مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو قال واذا اختلف المتقاسمون
وشهد القاسمان قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه هذا الذي ذكره قول
ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا تقبل وهو قول ابي يوسف اولا
وبه قال الشافعي وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما والقاسمان
وغيرهما سواء لمحمد انهما شهدا على فعل انفسهما فلا تقبل كمن علق
عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما انهما شهدا
على فعل غيرهما وهو الاستيفاء والقبض لا على فعل انفسهما لان

فعلهما

فعلهما التمييز ولا حاجة الى الشهادة عليه او لانه لا يصلح مشهودا
به لما انه غير لازم وانما يلزمه بالقبض والاستيفاء وهو فعل الغير
فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي اذا قسما باجر لا تقبل الشهادة بالاجماع
واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت
شهادة صورة دعوى معنى فلا تقبل الا انا نقول هما لا يجران بهذه
الشهادة الى انفسهما نفعا لاتفاق الخصوم على ايفائهما العمل المستاجر
عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد
قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو امر القاضي
امينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه
ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا

باب دعوى الغلط في القسمة والاستحقاق فيها

قال واذا ادعى احدهما
الغلط وزعم ان مما اصابه شيئا في يد صاحبه وقد اشهد على نفسه بالاستيفاء
لم يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها
فلا يصدق الا بحجة فان لم تقم له بينة استحلف الشركاء فمن نكل منهم
جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم بينهما على قدر انصبائهما لان
النكول حجة في حقه خاصة فيعاملان على زعمهما قال رضي الله عنه
ينبغي ان لا تقبل دعواه اصلا لتناقضه واليه اشار من بعد وان

قال فقد استوفيت حقي واخذت بعضه فالقول قول خصمه مع يمينه
لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر وان قال اصابني الى موضع كذا فلم تسلمه
الي ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة
لان الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في
مقدار المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف فيما تقدم ولو اختلفا
في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة
لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي والغبن فاحش
لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة
فادعى احدهما بيتا في يد الآخر انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة
لما قلنا وان اقاما البينة يؤخذ ببينة المدعي لانه خارج وبينة
الخارج تترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض
تحالفا وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واقاما البينة يقضى لكل
واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان قامت لاحدهما بينة
قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

وان استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تفسخ القسمة عند
ابي حنيفة ورجع بحصة ذلك في نصيب صاحبه وقال ابو يوسف تفسخ القسمة
قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار

والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض شائع من نصيب احدهما
فاما في استحقاق بعض معين لا تفسخ القسمة بالاجماع ولو استحق بعض
شائع في الكل تفسخ بالاتفاق فهذه ثلاثة اوجه ولم يذكر قول محمد وذكره
ابو سليمان مع ابي يوسف وابو حفص مع ابي حنيفة وهو الاصح لابي يوسف
ان باستحقاق بعض شائع ظهر شريك ثالث لهما والقسمة بدون رضاه
باطلة كما اذا استحق بعض شائع في النصيبين وهذا لانه باستحقاق جزء
شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في
نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم
باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا جازت القسمة على هذا
الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا بينهما وبين ثالث
والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما على ان لاحدهما ما لهما
من المقدم وربع المؤخر يجوز فكذا في الانتهاء وصار كاستحقاق شيء
معين بخلاف الشائع في النصيبين لانه لو بقيت القسمة لتضرر الثالث
بتفرق نصيبه في النصيبين اما هنا لا ضرر بالمستحق فافترقا وصورة
المسألة اذا اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر الثلثين من المؤخر
وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما ان شاء نقض القسمة
دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه بربع ما في يده من المؤخر

لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده فاذا استحق النصف رجع بنصف
النصف وهو الربع اعتبارا للجزء بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه
ثم استحق النصف الباقي رجع بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط
خياره بتبعيض وعند ابي يوسف ما في يد صاحبه بينهما نصفان فيضمن
قيمة نصف ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض
بالعقد الفاسد مملوك فنفذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن
نصف نصيب صاحبه قال ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين
محيط ردت القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان
غير محيط لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين
وراء ما قسم لانه لا حاجة الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأه الغرماء
بعد القسمة او اداه الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت
القسمة لان المانع قد زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا في التركة
صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف
الصورة ولو ادعى عينا باي سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام
على القسمة اعتراف منه بكون المقسوم مشتركا

فصل في المهاياة

المهاياة جائزة استحسانا للحاجة اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع
فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه جبر القاضي كما يجري في القسمة الا ان القسمة

اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع المنافع لكل منهما في زمان واحد
والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب احد الشريكين القسمة والآخر
المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل ولو وقعت فيما يحتمل القسمة
ثم طلب احدهما القسمة يقسم وتبطل المهاياة لانه ابلغ ولا تبطل التهايؤ
بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو انتقض لاستانفه الحاكم ولا فائدة في النقض
ثم الاستيناف ولو تهايآ في دار واحدة على ان يسكن هذا طائفة وهذا
طائفة او هذا علوها وهذا سفلها جاز لان القسمة على هذا الوجه جائزة
فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا
لا يشترط فيه التأقيت ولكل واحد ان يستغل ما اصابه بالمهاياة شرط
ذلك في العقد او لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولو تهايآ في عبد واحد
على ان يخدم هذا يوما وهذا يوما جاز وكذا في البيت الصغير لان المهاياة
قد يكون في الزمان وقد يكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو
اختلفا في التهايؤ من حيث الزمان والمكان في محل يحتملهما يأمرهما
القاضي بان يتفقا لان التهايؤ في المكان اعدل وفي الزمان اكمل فلما
اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع
في البداية نفيا للتهمة ولو تهايآ في عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد
والآخر الآخر جاز عندهما لان القسمة على هذا الوجه جائزة في جبر القاضي

وبالتراضي فكذا المهاياة وقيل عند ابي حنيفة لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه
لانه لا يجري فيه الجبر عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع من
حيث الخدمة قل ما تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانه تتفاوت تفاوتا
فاحشا على ما تقدم ولو تهايا فيهما على ان نفقة كل عبد على من ياخذه
جاز استحسانا للمسامحة في اطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا يتسامح
فيها ولو تهايا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر
القاضي عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة وقد قيل
لا يجبر عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة لا يجوز التهايي فيه اصلا
بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتهما لان
بيع بعض احدهما ببعض الاخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل
في المنافع فيجوز بالتراضي ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا اما يكثر
التفاوت في اعيانهما فاعتبر مبادلة وفي الدابتين لا يجوز المهاياة على
الركوب عند ابي حنيفة وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان له ان
الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق واخرق
والتهايي في ركوب دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد
لانه يخدم باختياره فلا يتحمل زيادة على طاقته والدابة تحملها واما التهايي
في الاستغلال يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد وفي

الدابة الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر بقاؤه في العقار وتغيره في الحيوان
لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو زادت الغلة في نوبة
احدهما عليها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق التعديل بخلاف
ما اذا كان التهايي على المنافع فاستغل احدهما في نوبته زيادة لان
التعديل فيما وقع عليه التهايي حاصل وهو المنافع فلا يضره زيادة
في الاستغلال من بعد والتهايي على الاستغلال في الدارين جائز ايضا
في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لا يشتركان فيه بخلاف
الدار الواحدة والفرق ان في الدارين معنى التمييز والافراز راجح لاتحاد
زمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا
وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يرد عليه حصته من
الفضل وكذا يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايي في المنافع ولا
يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان يمتنع الجواز والتهايي في الخدمة جوز ضرورة
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونه عينا ولان الظاهر هو التسامح
في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا يتشاحا ولا يجوز في الدابتين
عنده خلافا لهما والوجه ما بينا في الركوب ولو كان نخل او شجر او غنم

بين اثنين فيها يتهايآن على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها او
يزرعها وتشرب البانها لا يجوز لان المهاياة في المنافع ضرورة انها لا تبقى
فيتعذر قسمتها وهذه اعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها
والحيلة ان يبيع حصته من الاغنام ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته او ينتفع
باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله
المزارعة بالثلث والربع باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع
وفي الشريعة عقد على الزرع ببعض الخارج وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا جائزة لما روي انه عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر او زرع
ولانه عقد الشركة بين المال والعمل فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع
دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي الى العمل والقوي عليه لا يجد المال
فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج
ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا اثر هناك للعمل في تحصيلها
فلم يتحقق شركة وله ما روي انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة ولانه
استيجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر
مجهول او معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي عليه السلام اهل خيبر كان خراج
مقاسمة بطريق المن والصلح وهو جائز واذا فسدت عنده فان سقى الارض

وكربها

وكربها ولم يخرج شيء فله اجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة وهذا
اذا كان البذر من قبل صاحب الارض وان كان البذر من قبله فعليه
اجر مثل الارض والخارج في الوجهين لصاحب البذر لانه نماء ملكه
وللاخر الاجر كما فصلنا الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها
ولظهور تعامل الامة بها والقياس يترك بالتعامل كما في الاستصناع ثم
المزارعة لصحتها على قول من يجيزها شروط احدها كون الارض صالحة
للزراعة لان المقصود لا يحصل دونه والثاني ان يكون رب الارض والمزارع
من اهل العقد وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل والثالث
بيان المدة لانه عقد على منافع الارض او منافع العامل والمدة هي المعيار
لها ليعلم بها والرابع بيان من عليه البذر قطعا للمنازعة واعلاما للمعقود
عليه وهو منافع الارض او منافع العامل والخامس بيان نصيب من
لا بذر من قبله لانه يستحقه عوضا بالشرط فلا بد ان يكون معلوما وما لم يعلم
لا يستحق شرطا بالعقد والسادس ان يخلي رب الارض بينها وبين العامل
حتى لو شرط عمل رب الارض يفسد العقد لفوات التخلية والسابع الشركة
في الخارج بعد حصوله لانه ينعقد شركة في الانتهاء فما يقطع هذه الشركة كان
مفسدا للعقد والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجرة معلوما
قال وهي عندهما على اربعة اوجه ان كانت الارض والبذر لواحد

والعمل والبقر لواحد جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما اذا
استأجر خياطا ليخيط بإبرته وان كانت الارض لواحد والبقر والعمل
والبذر لواحد جازت لانه استئجار الارض ببعض معلوم من الخارج
فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر و
البقر لواحد والعمل من آخر جازت لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار
كما اذا استأجر خياطا ليخيط ثوبه بإبرته او طيانا ليطين بمرّه وان
كانت الارض والبقر لواحد والبذر والعمل لآخر لا يجوز وهذا الذي
ذكره ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر و
البقر عليه يجوز فكذا اذا شرط وحده وصار كجانب العامل ووجه الظاهر
ان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض
قوة في طبعها يحصل بها النماء ومنفعة البقر صلاحية يقام بها
العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم يتجانسا فتعذر ان تجعل تابعة لها
بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان فجعلت تابعة لمنفعة
العامل وهنا وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة
بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر و
البقر وانه لا يجوز ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع

والخارج

والخارج في الوجهين لصاحب البذر اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة
وفي رواية لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له لاتصاله بارضه
قال ولا تصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بيّنا وان يكون الخارج
بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرطا لاحدهما قفزانا مسماة فهي باطلة
لان به تنقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر فصار
كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرطا ان يرفع
صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع الشركة
في بعض معين او في جميعه بان لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا
شرطا رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما بخلاف
ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما لانه
مشاع فلا يؤدي الى قطع الشركة في بعض معين او في جميعه كما اذا شرطا
رفع العشر وقسمة الباقي والارض عشرية قال وكذا ان شرطا ما على الماذيانات
والسواقي معناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع وعلى
هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر ما يخرج من
ناحية اخرى وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عساه
يصيبه آفة فلا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن

نصفين والحب لاحدهما بعينه لانه يودى الى قطع الشركة فيما هو المقصود
وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشترا
طهما الشركة فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء
ملكه وفي حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه
وقال مشايخ بلخ التبن بينهما ايضا اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب والتبع يقوم بشرط الاصل فلو شرطا الحب
نصفين والتبن لصاحب البذر صح لانه حكم العقد وان شرطا التبن
للآخر فسدت لانه شرط يودى الى قطع الشركة بان لا يخرج الا التبن
واستحقاق غير صاحب البذر بالشرط قال واذا صحت المزارعة فالخارج
على الشرط لصحة الالتزام وان لم تخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه
يستحقه شركة ولا شركة في غير الخارج فان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق
غيره بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الذمة بعدم
الخارج واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه واستحقاق
الاجر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو
كان البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له
(اي فيما اذا فسدت المزارعة)
لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له
اجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد فاسد فيجب عليه
(اي رب الارض) (اي منافع العامل)

قيمتها

قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من قبل العامل
(اي البذر)
فلصاحب الارض اجر مثل ارضه لانه استوفى منافع الارض بعقد
(اي العامل)
فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل يزاد
على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرناه ولو جمع بين الارض
والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح
لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق رب الارض
(اي لاجل البذر)
الخارج لبذره في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لان النماء حصل
في ارض مملوكة له وان استحقه العامل اخذ قدر بذره وقدر اجر الارض
وتصدق بالفضل لان النماء يحصل من البذر ويخرج من الارض
وفساد الملك في منافع الارض اوجب خبثا فيه فما سلم له بعوض طاب له
(اي العامل)
وما لا عوض له تصدق به قال واذا عقدت المزارعة فامتنع صاحب
البذر من العمل لم يجبر عليه لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه
(وهو اتلاف ماله)
فصار كما اذا استاجر اجيرا ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من
(ثم امتنع لا يجبر)
قبله البذر اجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه بالوفاء بالعقد ضرر
والعقد لازم بمنزلة الاجارة الا اذا كان عذر انفسخ به الاجارة
فتنفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر من قبله وقد
كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب قيل هذا في الحكم

اي قبل القاء البذر واما بعد القائه فيجبر لان عقد المزارعة يكون لازما من الجانبين بعد القاء البذر كذا في ...

فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك قال
وإذا مات احد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه
في الاجارات فلو كان دفعها ثلاث سنين فلما نبت الزرع في السنة
الاولى ولم يستحصد مات رب الارض ترك الارض في يد المزارع حتى
يستحصد الزرع ويقسم على الشرط وينتقض المزارعة فيما بقي من السنتين
لان في ابقاء العقد في السنة الاولى مراعاة الحقين بخلاف السنة
الثانية لانه ليس فيه ضرر بالعامل فيحافظ فيها على القياس ولو مات
رب الارض قبل الزراعة بعد ما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت
المزارعة لانه ليس فيه ابطال مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة
ما عمل لما نبينه وإذا انفسخت المزارعة بدين فادح لحق صاحب الارض
فاحتاج الى بيعها جاز كما في الاجارة وليس للعامل ان يطالبه
بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم
بالعقد وهو انما قوم بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو
نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض في الدين حتى يستحصد الزرع
لان في البيع ابطال حق المزارع والتاخير اهون من الابطال ويخرجه
القاضي من الحبس ان كان حبسه بالدين لانه لما امتنع بيع الارض
لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال وإذا انقضت مدة المزارعة

والزرع لم يدرك كان على المزارع اجر مثل نصيبه من الارض الى ان
يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار حقوقهما معناه حتى
يستحصد لان في تبقية العقد باجر المثل تعديل النظر من الجانبين
فيصار اليه وانما كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى بانتهاء المدة وهذا
عمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب الارض والزرع
بقل حيث يكون العمل فيه على العامل لان هناك ابقينا العقد في مدته
والعقد يستدعي العمل على العامل اما ههنا العقد قد انتهى فلم يكن هذا
ابقاء ذلك العقد فلم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق احدهما
بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولو
اراد رب الارض ان ياخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار
بالمزارع ولو اراد المزارع ان ياخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع
فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه او انفق انت على الزرع وارجع بما تنفقه
في حصته لان المزارع لما امتنع من العمل لا يجبر عليه لان ابقاء العقد
بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر لنفسه ورب الارض بين هذه
الخيارات لان بكل ذلك يندفع الضرر ولو مات المزارع بعد نبات
الزرع فقالت ورثته نحن نعمل الى ان يستحصد الزرع وابى رب الارض
فلهم ذلك لانه لا ضرر على رب الارض ولا اجر لهم بما عملوا لانا ابقينا العقد

نظرا لهم فان ارادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لما بينا والمالك على
الخيارات الثلاث على ما بينا قال وكذلك اجرة الحصاد والرفاع والدياس
والتذرية عليهما بالحصص فان شرطاه في المزارعة على العامل فسدت
وهذا الحكم ليس يختص بما ذكر من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك
بل هو عام في جميع المزارعات ووجه ذلك ان العقد يتناهى بتناهي
الزرع لحصول المقصود فيبقى مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته
عليهما واذا شرط في العقد ذلك ولا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما يفسد العقد كشرط الحمل او الطحن على العامل وعن ابي يوسف
انه يجوز اذا شرط ذلك على العامل للتعامل اعتبارا بالاستصناع وهو
اختيار مشايخ بلخ قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح في ديارنا
فالحاصل ان ما كان من عمل قبل الادراك كالسقي والحفظ فهو على العامل
وما كان من عمل بعد الادراك قبل القسمة فهو عليهما في ظاهر الرواية
كالحصاد والدياس واشباههما على ما بينا وما كان بعد القسمة فهو
عليهما والمعاملة على قياس هذا ما كان قبل ادراك الثمر من السقي والتلقيح
والحفظ فهو على العامل وما كان بعد الادراك كالجذاذ والحفظ فهو
عليهما ولو شرط الجذاذ على العامل لا يجوز بالاتفاق لانه لا عرف فيه
وما كان بعد القسمة فهو عليهما لانه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد

في الزرع على رب الارض لا يجوز بالاجماع لعدم العرف فيه ولو
ارادا فصل القصيل او جذ التمر بسرا او التقاط الرطب فذلك
عليهما لانهما انهيا العقد لما عزما على الفصل والجذاذ بسرا فصار
كما بعد الادراك

كتاب المساقاة

قال ابو حنيفة المساقاة بجزء من الثمر باطلة وقالا جائزة اذا
ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة هي المعاملة
والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي المعاملة جائزة ولا
تجوز المزارعة الا تبعا للمعاملة لان الاصل في هذا المضاربة
والمعاملة اشبه بها لان فيه شركة في الزيادة دون الاصل
وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح دون البذر بان شرط رفعه
من راس الخارج تفسد فجعلنا المعاملة اصلا وجوزنا المزارعة
تبعا لها كالشرب في بيع الارض والمنقول في وقف العقار وشرط المدة
قياس فيها لانها اجارة معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان اذا لم يبين
المدة يجوز ويقع على اول ثمر يخرج لان الثمر لادراكها وقت معلوم
وقلما يتفاوت ويدخل فيه ما هو المتيقن وادراك البذر في اصول
الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط
بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا

وَالانتهاء بناء عليه فتدخله الجهالة وَبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا
قد علق ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانها
تتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وَبخلاف ما اذا
دفع نخيلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها الى ان يذهب اصولها
وينقطع نباتها او اطلق في الرطبة تفسد المعاملة لانه ليس لذلك
نهاية معلومة لانها تنمو ما تركت في الارض فجهلت المدة وبشرط تسمية
الجزء مشاعا لما بينا في المزارعة ان شرط جزء معينا يقطع الشركة فان
سميا في المعاملة وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت المعاملة
لفوات المقصود وهو الشركة في الخارج وَلو سميا مدة قد يبلغ الثمر
فيها وَقد يتأخر عنها جازت لانا لا نتيقن بفوات المقصود ثم لو
خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وَان تأخر فللعامل
اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار
كما اذا علم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج اصلا لان الذهاب بآفة
سماوية فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا وَلا شيء لكل واحد
منهما على صاحبه قال ويجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم واصول
الباذنجان والرطاب وَقال الشافعي في الجديد لا يجوز الا في الكرم
والنخل لان جوازها بالاثر وَقد خصهما وَهو حديث خيبر ولنا ان

الجواز

الجواز للحاجة وَقد عمت وَاثر خيبر لا يخصهما لان اهلها يعملون في
الاشجار والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان
يكون معلولة سيما على اصله وَليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل
من غير عذر لانه لا ضرر عليه في الوفاء بالعقد وَكذا ليس للعامل ان يترك
العمل بغير عذر بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب البذر لما بينا قال
فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وَان كانت قد
انتهت لم يجز وَكذلك على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وَان استحصد
وَادرك لم يجز لان العامل انما يستحق بالعمل وَلا اثر للعمل بعد التناهي
والادراك فلو جوزناه لكان استحقاقا بغير عمل وَلم يرد به الشرع بخلاف
ما قبل ذلك لتحقق الحاجة الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل
اجر مثله لانه في معنى الاجارة الفاسدة وَصار كالمزارعة اذا فسدت
قال وتبطل المساقاة بالموت لانها في معنى الاجارة وَقد بينا فيها
فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل ان يقوم عليه كما كان يقوم
قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وَان كره ذلك ورثة رب الارض استحسانا
فيبقى العقد دفعا للضرر عنه وَلا ضرر فيه على الآخر وَلو التزم العامل
الضرر يتخير ورثة الآخر بين ان يقسموا البسر على الشرط وَبين ان يعطوه
قيمة نصيبه من البسر وبين ان ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعوا بذلك

في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقد بيّنا نظيره
في المزارعة ولو مات العامل فلورثته ان يقوموا عليه وان كره رب الارض
لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا كان صاحب
الارض بين الخيارات الثلث التي بيناها وان ماتا جميعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي وهو ترك الثمار على
الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وراثة في الخيار فان ابى ورثة
العامل ان يقوموا عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا
واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء
وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن بغير اجر لان الشجر لا يجوز
استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض يجوز استيجارها وكذلك العمل
كله على العامل هنا وفي المزارعة في هذا عليهما لانه لما وجب اجر المثل
بعد انتهائها المدة على العامل لا يستحق عليه العمل وهنا لا اجر فجاز ان
يستحق العمل كما يستحق قبل انتهائها قال وتفسخ بالاعذار لما بينا في الا
جارات وقد بينا وجوه العذر فيها ومن جملتها ان يكون العامل سارقا
يخاف عليه سرقة السعف والثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب الارض
ضررا لم يلتزمه فيفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن
العمل لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه

فيجعل

فيجعل ذلك عذرا ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا
فيه روايتان وتاويل احدىهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا
من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس
فيها شجرا على ان تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس
نصفين لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان حاصلا قبل الشركة
لا بعمله وجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة
غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى قفيز الطحان اذ هو استيجار
ببعض ما يخرج من عمله وهو نصف البستان فيفسد وتعذر
رد الغراس لاتصالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه
لا يدخل في قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق
آخر بيناها في كفاية المنتهى وهذا اصحها والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة
شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه به يتميز الدم
النجس من اللحم الطاهر وكما يثبت به الحل يثبت به الطهارة في
الماكول وغيره فانها تنبئ عنهما ومنه قوله عم ذكاة الارض
يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين اللبة واللحيين واضطرارية
وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل عن الاول

لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول ومثاله آية البدلية وهذا
لان الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر فيه فاكتفي به عند العجز
عن الاول اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرطه ان يكون الذابح صاحب
ملة التوحيد اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي وان يكون حلالا
خارج الحرم على ما نبينه قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا
ولقوله تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم ويحل اذا
كان يعقل التسمية والذبيحة ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امراة
اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل التسمية والذبيحة لا يحل لان التسمية
على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا و
الاغلف والمختون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتابي ينتظم الكتابي الذمي
والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما مر قال ولا يؤكل
ذبيحة المجوسي لقوله عم سنوا بهم سنة اهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا
آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدمت الملة اعتقادا و
دعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف
الكتابي اذا تحول الى غير دينه لانه يقر عليه عندنا فيعتبر ما هو عليه
عند الذبح لا ما قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمحرم يعني
من الصيد وكذا لا يؤكل ما ذبح في الحرم من الصيد والاطلاق في المحرم

ينتظم

ينتظم الحل والحرم والذبح في الحرم يستوي فيه الحلال والمحرم وهذا
لان الذكاة فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكاة بخلاف ما
اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الحرم غير الصيد لانه فعل مشروع
اذ الحرم لا يؤمن الشاة وكذا لا يحرم ذبحه على المحرم قال وان ترك الذابح
التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا اكل وقال الشافعي
اكل في الوجهين وقال مالك لا يؤكل في الوجهين والمسلم والكتابي في ترك التسمية
سواء وعلى هذا الخلاف اذا ترك التسمية عند ارسال البازي والكلب وعند
الرمي وهذا القول من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان
قبله في حرمة متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا
فمن مذهب ابن عمر انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس انه يحل
بخلاف ما اذا كان عامدا ولهذا قال ابو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية
عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ لكونه مخالفا
للاجماع له قوله عم المسلم يذبح على اسم الله سمى او لم يسم ولان التسمية
لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو
كانت شرطا فالملة اقيمت مقامها كما في الناسي لنا الكتاب وهو قوله
تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو
ما بينا والسنة وهو حديث عدي بن حاتم الطائي فانه عم قال في آخره

امر التسمية في الذبح والصيد

فإنك إنما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك
يحتج بظاهر ما ذكرنا إذ لا فصل فيه لكنا نقول في اعتبار ذلك من الحرج
ما لا يخفى لأن الإنسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره
إذ لو أريد به لجرت المحاجة وظهر الانقياد وارتفع الخلاف في الصدر
الأول والإقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق
العامد ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكاة
الاختيار تشترط عند الذبح وهي على المذبوح وفي الصيد تشترط عند
الإرسال والرمي وهي على الآلة لأن المقدور له في الأول الذبح وفي الثاني
الرمي والإرسال دون الإصابة فتشترط عند فعل يقدر عليه حتى إذا أضجع
شاة وسمى وذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى إلى صيد وسمى وأصاب
غيره حل وكذا في الإرسال ولو أضجع شاة وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح
بالأخرى أكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا لا يؤكل قال ويكره أن
يذكر مع اسم الله تعالى شيئا غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان
وهذه ثلاث مسائل إحداها أن يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا تحرم
الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره أن يقول بسم الله محمد رسول الله لأن
الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا له إلا أنه يكره لوجود القران صورة
فيتصور بصورة المحرم والثانية أن يذكر موصولا على وجه العطف

والشركة بأن يقول بسم الله واسم فلان أو يقول بسم الله وفلان أو بسم الله
ومحمد رسول الله بكسر الدال فتحرم الذبيحة لأنه أهل به لغير الله والثالثة أن
يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل التسمية وقبل أن يضجع
للذبح أو بعده وهذا لا بأس به لما روي عن النبي عم أنه قال بعد الذبح
اللهم تقبل هذه عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ و
الشرط هو الذكر الخالص المجرد على ما قال ابن مسعود جردوا التسمية حتى لو قال عند
الذبح اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله
يريد التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في أصح الروايتين
لأنه يريد به الحمد على نعمة الله دون التسمية وما تداولته الألسن عند
الذبح وهو قوله بسم الله والله أكبر منقول عن ابن عباس في قوله تعالى فاذكروا
اسم الله عليها صواف قال الذبح بين اللبة واللحيين وفي الجامع الصغير
لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والأصل فيه قوله عم
الذكاة ما بين اللبة واللحيين ولأنه مجمع المجرى والعروق فيحصل
بالفعل فيه إنهار الدم على أبلغ الوجوه فكان حكم الكل سواء قال
والعروق التي تقطع في الذكاة أربعة الحلقوم والمريء والودجان لقوله
عم أفر الأوداج بما شئت وهي اسم جمع وأقله الثلث فيتناول المريء
والودجين وهو حجة على الشافعي في الاكتفاء بالحلقوم والمريء إلا أنه

لا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه
وبظاهر ما ذكرنا يحتج مالك ولا يجوز الأكثر منها بل يشترط قطع جميعها
وعندنا إن قطعها حل الأكل وإن قطع أكثرها فكذلك عند أبي حنيفة وقالا
لا بد من قطع الحلقوم والمري وأحد الودجين قال رض هكذا ذكر القدوري
الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب أصحابنا أن هذا قول أبي يوسف
وحده وقال في الجامع الصغير وإن قطع نصف الحلقوم ونصف الأوداج لم
يؤكل وإن قطع الأكثر من الأوداج والحلقوم قبل أن يموت أكل ولم
يحك خلافا واختلفت الروايات فيه فالحاصل أن عند أبي حنيفة إذا
قطع الثلاث أي ثلاث كان يحل وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع إلى
ما ذكرنا وعن محمد أنه يعتبر أكثر كل فرد وهو رواية عن أبي حنيفة
لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الأمر بفريه
فيعتبر أكثر كل واحد منها ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين
إنهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر إذ كل واحد منهما مجرى الدم
أما الحلقوم يخالف المري فإنه مجرى العلف والماء والحلقوم مجرى
النفس فلا بد من قطعهما ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل
في كثير من الأحكام وأي ثلاث قطعها فقد قطع الأكثر منها وما هو
المقصود يحصل بها وهو إنهار الدم المسفوح والتوحية في إخراج

الروح

الروح لأنه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس أو الطعام ويخرج الدم
بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما
إذا قطع النصف لأن الأكثر باق فكأنه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة
قال ويجوز الذبح بالظفر والقرن والسن إذا كان منزوعا حتى
لا يكون بأكله بأس إلا أنه يكره هذا الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة
لقوله عم كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا السن والظفر
فإنهما مدى الحبشة ولأنه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما إذا ذبح بغير
المنزوع ولنا قوله عم أنهر الدم بما شئت ويروى أفر الأوداج بما شئت
وما رواه محمول على غير المنزوع فإن الحبشة كانوا يفعلون كذلك
لأنه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو إخراج الدم فصار كالحجر
والحديد بخلاف غير المنزوع لأنه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة
وإنما يكره لأن فيه استعمال جزء الآدمي ولأن فيه إعسارا على الحيوان
وقد أمرنا فيه بالإحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل
شيء أنهر الدم إلا السن القائم والظفر القائم فإن المذبوح بهما ميتة لما
بينا ونص محمد في الجامع الصغير على أنها ميتة لأنه وجد فيه نصا وما لم يجد
فيه نصا يحتاط في ذلك فيقول في الحل لا بأس وفي الحرمة يقول يكره أو لم يؤكل
قال ويستحب أن يحد الذابح شفرته لقوله عم إن الله كتب الإحسان على كل شيء

فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم
شفرته وليرح ذبيحته. ويكره أن يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي
أن النبي عم رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال لقد أردت أن
تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها. قال ومن بلغ
بالسكين النخاع أو قطع الرأس كره ذلك وتؤكل ذبيحته. وفي بعض النسخ
قطع مكان بلغ والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة أما الكراهة فلما روي
أنه عم نهى أن تنخع الشاة إذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل معناه أن
يمد رأسه حتى يظهر مذبحه وقيل أن يكسر عنقه قبل أن يسكن من الاضطراب
وكل ذلك مكروه وهذا لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب
الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه فالحاصل أن ما فيه زيادة ألم لا يحتاج
إليه في الذكاة مكروه ويكره أن يجر ما يريد ذبحه برجله إلى المذبح وأن ينخع
الشاة قبل أن تبرد يعني تسكن من الاضطراب وبعده لا ألم فلا يكره
النخع والسلخ إلا أن الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم قبل الذبح
أو بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال تؤكل ذبيحته. قال فإن ذبح الشاة
من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الذكاة ويكره
لأن فيه زيادة الألم من غير حاجة فصار كما إذا جرحها ثم قطع الأوداج
وإن ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة فيها

قال

قال وما استأنس من الصيد فذكاته الذبح وما توحش من النعم
فذكاته العقر والجرح لأن ذكاة الاضطرار إنما يصار إليه عند العجز
عن ذكاة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الأول
وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكاة الاختيار لما بينا
وقال مالك لا يحل بذكاة الاضطرار في الوجهين لأن ذلك نادر ونحن نقول
المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار إلى البدل كيف وإنا لا نسلم الندرة
بل هو غالب وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وعن محمد أن الشاة
إذا ندت في الصحراء فذكاتها العقر وإن ندت في المصر لا يحل بالعقر لأنها
لا تدفع عن نفسها فيمكن أخذها في المصر فلا عجز والمصر وغيره سواء
في البقر والبعير لأنهما يدفعان عن أنفسهما فلا يقدر على أخذهما وإن
ندا في المصر فيتحقق العجز والصيال كالند إذا كان لا يقدر على أخذه حتى
لو قتله المصول عليه وهو يريد الذكاة حل أكله. قال والمستحب في الإبل
النحر فإن ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فإن نحرهما
جاز ويكره أما الاستحباب فلموافقة السنة المتوارثة ولاجتماع العروق
فيهما في المنحر وفيهما في المذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في
غيره فلا يمنع الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك إنه لا يحل. قال ومن نحر
ناقة أو ذبح شاة أو بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل أشعر

او لم يُشعِر وهذا عند ابي حنيفة رح وهو قول زفر والحسن ابن زياد وقالا
اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي لقوله عم ذكاة الجنين ذكاة امه ولانه
جزء من الام حقيقة لانه يتصل بها حتى يفصل عنها بالمقاريض ويتغذى
بغذائها ويتنفس بتنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع الوارد على الام
ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكاة له عند العجز
عن ذكاته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يتصور حياته بعد مماتها
وعند ذلك يفرد بالذكاة ولهذا يفرد بايجاب الغرة ويعتق باعتاق
يضاف اليه وتصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي وما هو المقصود
من الذكاة وهو المميز بين الدم واللحم لا يتحصل بجرح الام اذ هو ليس
بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح في الصيد لانه
سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر وانما يدخل
في البيع تحريا بجوازه كيلا يفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل من الحر ولد رقيق

فصل فيما يحل اكله وما لا يحل

ولا يجوز اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب
من الطير لان النبي عم نهى عن اكل ذي مخلب من الطيور واكل ذي
ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين فينصرف اليهما
فيتناول سباع الطير والبهائم لا كل ما له ناب او مخلب والسبع كل

مختطف

مختطف منتهب جارح قاتل عادي عادة ومعنى التحريم كرامة بني آدم
كيلا يعدو شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل ويدخل فيه
الضبع والثعلب فيكون الحديث حجة على الشافعي في اباحتهما والفيل
ذو ناب فيكره واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكره
اكل الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع
لانه ياكل الحب وليس من سباع الطير ولا يؤكل الابقع الذي ياكل الجيف
وكذا الغداف وقال ابو حنيفة لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه
الدجاجة وعن ابي يوسف انه يكره لان غالب اكله الجيف قال ويكره
اكل الضب والضبع والثعلب والزنبور والسلحفاة والحشرات
كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان النبي عم نهى عائشة رض
حين سالته عن اكله وهو حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من
الموذيات والسلحفاة من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم
بقتله شيء وانما يكره الحشرات كلها استدلالا بالضب لانه منها قال
ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية والبغال لما روى خالد بن الوليد ان النبي عم
نهى عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي ان النبي عم اهدر المتعة
وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس عند ابي حنيفة رح
وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي لا باس باكله لحديث جابر

انه قال نهى رسول الله عم عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر
ولابي حنيفة قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج
مخرج الامتنان والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان
باعلى النعم ويمتن بادناها ولانه آلة الارهاب فيكره اكله احتراما له
ولهذا يضرب له سهم في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد و
حديث جابر معارض بحديث خالد والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده
تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به
لانه ليس في شربه تقليل آلة الجهاد قال ولا باس باكل الارنب لان النبي
عم اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه ليس
من السباع ولا من اكلة الجيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح ما لا يؤكل
لحمه طهر جلده ولحمه الا الادمي والخنزير فان الذكاة لا تعمل فيهما الادمي
لحرمته وكرامته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي الذكاة
لا تؤثر في جميع ذلك لانه تؤثر في اباحة اللحم اصلا وفي طهارته وطهارة
الجلد تبعا ولا تبع دون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا ان الذكاة
مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة دون
ذات الجلد واللحم فاذا زالت طهر كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود
في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اماتة في الشرع فلا بد من الدباغ

وكما

وكما يبطل لحمه يبطل شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده خلافا
له وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز اعتبارا بالزيت اذا خالطه ودك الميتة والزيت
غالب لا يؤكل وينتفع به في غير الاكل قال ولا يؤكل من حيوان
الماء الا السمك وقال مالك رح وجماعة باطلاق جميع ما في البحر واستثنى
بعضهم الكلب والخنزير والانسان وعن الشافعي انه اطلق ذلك
كله والخلاف في الاكل والبيع واحد لهم قوله تعالى واحل لكم صيد البحر
من غير فصل وقوله عم في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه
لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم
فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما سوى السمك
خبيث ونهى رسول الله صلعم عن دواء يتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع
السرطان والصيد المذكور فيما تلا محمول على الاصطياد وهو مباح
فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روى محمولة على السمك وهو حلال
مستثنى عن ذلك لقوله عم احلت لنا ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك
والجراد واما الدمان فالكبد والطحال قال ويكره اكل الطافي منه و
قال مالك والشافعي لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة
البحر موصوفة بالحل بالحديث ولنا ما روى جابر عن النبي عم انه قال

ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا

وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه ليكون

موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة ولا باس باكل الجريث

والمارماهى وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك لا يحل الجراد

الا ان يقطع الآخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على

المحرم بقتله جزاء بليق به فلا يحل الا بالقتل كما فى سائره والحجة عليه

ما روينا وقد سئل على رض عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها

الميت وغيره فقال كله كله وهذا عد من فصاحته ودل على اباحته

وان مات حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه

بالنص الوارد فى الطافى ثم الاصل فى السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل

كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافى وتنسحب

عليه فروع كثيرة بيناها فى كفاية المنتهى وعند التامل يقف المبرز عليها

منها ما اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقى لان موته

بآفة وما ابين من الحى وان كان ميتا فميتته حلال وفى

الموت بالحر والبرد روايتان

كتاب الاضحية

قال والاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر فى يوم الاضحى عن

نفسه وعن ولده الصغار اما الوجوب فقول ابى حنيفة ومحمد وزفر

والحسن واحدى الروايتين عن ابى يوسف وعنه انها سنة ذكره

فى الجامع وهو قول الشافعى وذكر الطحاوى ان على قول ابى حنيفة واجبة

وعلى قول ابى يوسف ومحمد سنة موكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ الاختلاف

وجه السنة قوله عم من اراد منكم ان يضحى فلا ياخذ من شعره واظفاره

شيئا والتعليق بالارادة ينافى الوجوب ولانها لو كانت واجبة على

المقيم لوجبت على المسافر لانهما لا يختلفان فى الوظائف المالية كالزكوة

وصار كالعتيرة وجه الوجوب قوله عم من وجد سعة ولم يضح فلا

يقربن مصلانا ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانها

قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يوذن بالوجوب

لان الاضافة للاختصاص وهو بالوجود والوجوب هو المفضى الى

الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر

استحضارها ويفوت بمضى الوقت فلا يجب عليه بمنزلة الجمعة والمراد بالارادة

فيما روى ما هو ضد السهو لا التخيير والعتيرة منسوخة وهى شاة تقام

فى رجب على ما قيل وانما اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية

لا تتادى الا بالملك والمالك هو الحر وبالاسلام لكونها قربة وبالاقامة

لما بينا واليسار لما روينا ومقداره ما يجب به صدقة الفطر وقد مر

فى الصوم وبالوقت وهو يوم الاضحى لانها مختصة به وسنبين مقداره

ان شا الله ويجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه
وعن الصغير لانه في معنى نفسه فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا رواية
الحسن عن ابي حنيفة وروي عنه انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر الرواية
بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه وهما موجودان
في الصغير وهذه قربة محضة والاصل في القربة ان لا تجب على الغير بسبب الغير
ولهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة الفطر وان كان للصغير مال
يضحي عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر و
الشافعي يضحي من مال نفسه لا من مال الصغير فالخلاف في هذا كالخلاف في
صدقة الفطر وقيل لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان
القربة تتادى بالاراقة والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير
ولا يمكنه ان ياكله كله والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع
بما بقي ما ينتفع بعينه **قال** ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة
او بدنة عن سبعة والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة
وهي القربة الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر انه قال نحرنا مع
رسول الله البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص في الشاة فبقي
على اصل القياس ويجوز عن خمسة او ستة او ثلاثة ذكره محمد في الاصل
لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونهم اولى ولا يجوز عن ثمانية

اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع
لا يجوز عن الكل لانعدام وصف القربة في البعض وسنبينه ان شاء الله
وقال مالك يجوز عن اهل بيت وان كانوا اكثر من السبع ولا يجوز عن
اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله عم على كل اهل بيت في كل عام اضحاة
وعتيرة قلنا المراد منه قيم اهل البيت لان اليسار له يؤيده ما روي
على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين
يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع جاز نصف السبع تبعا له واذا
جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموا جزافا لا يجوز
الا اذا كان معه شيء من الاكارع والجلد اعتبارا بالبيع ولو اشترى بقرة
يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه اجزاه استحسانا وفي
القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها
تمولا والاشتراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قد يجد بقرة سمينة يشتريها
ولا يظفر بالشركاء وقت البيع وانما يطلبهم بعده فكانت الحاجة اليه
ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان بالشراء للتضحية لا يمتنع
البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف وعن
صورة الرجوع في القربة وعن ابي حنيفة انه يكره الاشتراك بعد الشراء لما بينا
قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر كانا لا يضحيان

اذا كانا مسافرين وعن علي ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال
ووقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار
الذبح حتى يصلي الامام العيد فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل
فيه قوله عم من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد
الصلوة فقد تم نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عم ان اول نسكنا
في هذا اليوم الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة
وهو المصري دون اهل السواد ولان التاخير لاحتمال التشاغل به عن
الصلوة ولا معنى للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما رويناه حجة
على مالك في نفيهما الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام ثم المعتبر في ذلك
مكان الاضحية حتى لو كانت في السواد والمضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر
وفي العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان
يبعث بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهذا لانه يشبه الزكوة
من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب
فيعتبر في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد
ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الجبانة اجزاه استحسانا لانها صلوة معتبرة
حتى لو اكتفوا بها اجزاهم وكذا على عكسه وقيل هو جائز قياسا واستحسانا

قال وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر ويومان بعده وقال الشافعي
ثلاثة ايام بعده لقوله عم ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر
وعلي وابن عباس انهم قالوا ايام النحر ثلاثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا
لان الراي لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو
الاقل وافضلها اولها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو
الاصل الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره لاحتمال الغلط
في ظلمة الليل وايام النحر ثلاثة وايام التشريق ثلاثة والكل يمضي باربعة
اولها نحر لا غير واخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية
فيها افضل من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق
تطوع محض فيفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة يؤتى
بها في الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الافاقي
ولو لم يضح حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا وقد
اشترى الاضحية تصدق بها حية وان كان غنيا تصدق بقيمة الشاة
اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني وتجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية
عندنا فاذا فات الوقت يجب عليه التصدق اخراجا له عن العهدة
كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم بعد العجز فدية قال ولا يضحي
بالعمياء والعوراء والعرجاء التي لا تمشي الى المنسك ولا العجفاء
لا

لقوله عم لا تجزى في الضحايا اربعة العوراء البين عورها والعرجاء
البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقى قال ولا يجوز
مقطوعة الاذن والذنب اما الاذن فلقوله عم استشرفوا العين و
الاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن قال ولا التي ذهب اكثر اذنها وذنبها فان بقي الاكثر
من الاذن والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان
العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا واختلفت الرواية عن
ابي حنيفة في مقدار الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب
او الاذن او العين او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز
لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليلا وفيما
زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكي حكاية
الكمال على ما مر في الصلوة ويروى الثلث لقوله عم في حديث الوصية
الثلث والثلث كثير وقالا اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث وقال
ابو يوسف اخبرت بقولي ابا حنيفة فقال قولي هو قولك قيل هو
رجوع منه الى قول ابي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي
كون النصف مانعا روايتان عنهما كما في انكشاف العضو عن ابي يوسف

ثم معرفة المقدار في غير العين متيسر وفي العين قالوا تشد المعيبة
بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب العلف اليها قليلا
قليلا فاذا رأته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة
وقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر
الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان نصفا
فالذاهب النصف قال ويجوز ان يضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان
القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان
لحمها اطيب وقد صح انه عم ضحى بكبشين املحين موجوئين قال
والثولاء وهي المجنونة وقيل هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه والجرباء ان كانت سمينة جاز لان
الجرب في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان
الجرب في اللحم فانتقص واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها فعن ابي
يوسف انه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف
به اجزاه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا اذن لها خلقة لا تجوز
لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعديم الاذن اولى وهذا الذي
ذكرناه اذا كانت هذه العيوب قائمة وقت الشراء ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت
بعيب مانع ان كان غنيا عليه غيرها وان كان فقيرا تجزيه هذه لان الوجوب

على الغني بالشرع ابتداء لا بالشرى فلم تتعين به وعلى الفقير بشرائه
بنية الاضحية فتعينت ولا يجب عليه ضمان نقصانه كما في نصاب الزكوة
وعن هذا الاصل قالوا اذا ماتت المشتراة للتضحية فعلى الموسر مكانها
اخرى ولا شي على الفقير ولو ضلت او سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى
في ايام النحر على الموسر ذبح احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها
فاضطربت فانكسر رجلها فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر
والشافعي لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه حصل به
اعتبارا وحكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت من فوره
وكذا بعد فوره عند محمد خلافا لابي يوسف لانه حصل بمقدمات الذبح قال
والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل التضحية
بغيرها من النبي عم ولا من الصحابة رض قال ويجزى من ذلك كله
الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع منه يجزى لقوله عم ضحوا بالثنايا
الا ان يعسر على احدكم فليذبح الجذع من الضان وقال عم نعمت الاضحية
الجذع من الضان قالوا وهذا اذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا
يشتبه على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تمت له ستة اشهر في
مذهب الفقهاء وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن
المعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين ويدخل

في

في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود بين الاهلي والوحشي يتبع الام
لانها هي الاصل في التبعية حتى اذا نزا الذئب على الشاة يضحى بالولد قال
واذا اشترى سبعة بقرة ليضحوا بها فمات احدهم قبل النحر وقالت الورثة
اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان كان شريك الستة نصرانيا او رجلا
يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم ووجهه ان البقرة تجوز عن سبعة
لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة وان اختلفت جهاتها كا
لاضحية والقران والمتعة عندنا لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد
هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة الا ترى انه
عم ضحى عن امته على ما روينا من قبل ولم يوجد في الوجه الثاني لان
النصراني ليس من اهلها وكذا قصد اللحم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة
والاراقة لا تتجزى في حق القربة لم يقع الكل ايضا فامتنع الجواز وهذا
الذي ذكرناه استحسان والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف
لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول
القربة قد تقع عن الميت كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام
الولاء على الميت ولو ذبحوها عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا
انه قربة ولو مات واحد منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا
يجزيهم لانه لم يقع بعضها قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة

فكان قربة قال ويأكل من لحم الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر
لقوله عم كنت نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ق
ومتى جاز اكله وهو غني جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة
عن الثلث لان الجهات ثلاث الاكل والادخار لما روينا والاطعام
لقوله تع واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال ويتصدق
بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت كالنطع والجراب
والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم قال ولا باس بان يشتري
به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان
للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد استهلاكه كالخل و
الابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى انه تصرف على قصد التمول
واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح فلو باع الجلد او اللحم بالدراهم او بما لا ينتفع
به الا باستهلاكه تصدق بثمنه لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عم
من باع جلد اضحيته فلا اضحية له يفيد كراهة البيع اما البيع جائز
لقيام الملك والقدرة على التسليم ولا يعطي اجرة الجزار منها لقوله عم لعلي
تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط اجرة الجزار منها والنهي عنه نهي عن
البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز صوف اضحيته فينتفع به
قبل ان يذبحها لانه التزم اقامة القربة بجميع اجزائها بخلاف بعد الذبح

لانه

لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما
في الصوف قال والافضل ان يذبح اضحيته بيده ان كان يحسن الذبح
وان كان لا يحسنه فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره
ينبغي ان يشهدها بنفسه لقوله عم لفاطمة قومي الى اضحيتك فاشهديها
فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره ان يذبحها
الكتابي لانه عمل هو قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح جاز
لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا امر
المجوسي لانه ليس من اهل الذكاة فكان افسادا قال واذا غلط
رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزى عنهما ولا ضمان عليهما
وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره بغير اذنه لا يحل له ذلك
وهو ضامن لقيمتها ولا يجزيه من الاضحية في القياس وهو قول زفر
وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح وهو قولنا وجه القياس انه ذبح
شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب وجه
الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه
ان يضحي بها بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدل بها غيرها فصار المالك
مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح آذنا له دلالة لانها تفوت
بمضي هذه الايام وعساه يعجز عن اقامتها لعوارض فصار كما اذا ذبح شاة

شد القصاب رجلها فإن قيل يفوته أمر مستحب وهو أن يذبحها بنفسه
أو يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له مستحبان آخران صيرورته
مضحيا لما عينه وكونه معجلا به فيرتضيه ولعلمائنا من هذا الجنس
مسائل استحسانية وهي أن من طبخ لحم غيره أو طحن حنطته أو رفع جرته
فانكسرت أو حمل على دابته فعطبت كل ذلك بغير أمر المالك يكون ضامنا
ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر على الكانون والحطب تحته أو
جعل الحنطة في الدورق وربط الدابة عليه أو رفع الجرة وأمالها
إلى نفسه أو حمل على الدابة فسقط في الطريق فأوقد هو النار فيه أو ساق
الدابة فطحنها أو أعانه على رفع الجرة فانكسرت فيما بينهما أو حمل ما سقط على
دابته فعطبت لا يكون ضامنا في هذه الفصول استحسانا لوجود الإذن دلالة
إذا ثبت هذا نقول في مسألة الكتاب ذبح كل واحد منهما أضحية غيره بغير
أمره صريحا فهي خلافية زفر بعينها ويتأتى القياس فيه والاستحسان
كما ذكرنا فيأخذ كل واحد مسلوخه من صاحبه ولا يضمنه لأنه
وكيله فيما فعل دلالة فإن كانا قد أكلا ثم علما فليحلل كل واحد منهما صاحبه
ويجزيه لأنه لو أطعمه في الابتداء يجوز وإن كان غنيا فكذا له أن يحلله
في الانتهاء وإن تشاحا فلكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه
ثم يتصدق بتلك القيمة لأنها بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا

لأن التضحية لما وقعت عن صاحبه كان اللحم له ومن أتلف لحم
صاحبه كان الحكم ما ذكرنا ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها
وجاز أضحيته عنه لأنه ملكها بسابق الغصب بخلاف ما لو أودع شاة
فضحى بها لأنه يضمنه بالذبح فلم يثبت الملك له إلا بعد الذبح

كتاب الكراهية

قال تكلموا في معنى المكروه والمروي عن محمد نصا أن كل مكروه حرام
إلا أنه لما لم يجد فيه نصا قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن أبي حنيفة
وأبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب وهو يشتمل على فصول منها

فصل في الأكل والشرب

قال أبو حنيفة يكره لحوم الأتن وألبانها وأبوال
الإبل وقالا لا بأس بأبوال الإبل وتأويل قول أبي يوسف أنه لا بأس بها للتداوي
وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم في الصلاة والذبائح فلا نعيدها واللبن
متولد من اللحم فأخذ حكمه قال ولا يجوز الأكل والشرب والادهان
والتطيب في آنية الذهب والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي
يشرب من إناء الفضة والذهب إنما يجرجر في بطنه نار جهنم
وأتي أبو هريرة بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله
عليه السلام إذا ثبت هذا في الشرب فكذا في الادهان ونحوه لأنه في معناه ولأنه
تشبه بزي المشركين وتنعم بتنعم المترفين والمسرفين وقال في الجامع الصغير

يكره ومعناه التحريم ويستوي فيه الرجال والنساء لعموم النهي وكذلك
الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميل الذهب والفضة و
كذا ما اشبه ذلك كالمكحلة والمرآة وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس
باستعمال آنية الرصاص والزجاج والبلور والعقيق وقال الشافعي
يكره لانه في معنى الذهب والفضة في التفاخر قلنا ليس كذلك لانه ما
كان من عادتهم التفاخر بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الاناء
المفضض عند ابي حنيفة والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي
المفضض والسرير المفضض اذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي
موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الاخذ وفي السرير والسرج موضع
الجلوس وقال ابو يوسف يكره ذلك وقول محمد يروى مع ابي حنيفة ويروى
مع ابي يوسف وعلى هذا الخلاف الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسي
المضبب بهما وكذا الاختلاف اذا جعل ذلك في السقف والمسجد وحلقة
المرآة او جعل المصحف مذهبا او مفضضا وكذا الاختلاف في اللجام
والركاب والثفر اذا كان مفضضا وكذا الاختلاف في الثوب فيه
كتابة بذهب او فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فاما التمويه
الذي لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لهما ان مستعمل جزء من الاناء
مستعمل جميع الاجزاء فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابي حنيفة

ان

ان ذلك تابع ولا معتبر بالتوابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير
والعلم في الثوب ومسمار الذهب في الفص قال ومن ارسل
اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او
نصراني او مسلم وسعه اكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه
خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب
والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير
ذلك لم يسعه ان ياكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم
لانه لما قبل قوله في الحل اولى ان يقبل في الحرمة قال ويجوز ان يقبل
في الهدية والاذن قول العبد والجارية والصبي لان الهدايا تبعث
عادة على ايدي هؤلاء وكذا لا يمكنهم استصحاب الشهود على الاذن
عند الضرب في الارض والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي
الى الحرج وفي الجامع الصغير اذا قالت جارية بعثني مولاي اليك هدية
وسعه ان ياخذها لانه لا فرق بينما اذا اخبرت باهداء المولى غيرها
او نفسها لما قلنا قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل
في الديانات الا العدل ووجه الفرق ان المعاملات يكثر وجودها
فيما بين اجناس الناس فلو شرطنا شرطا زائدا يؤدي الى الحرج
فيقبل قول الواحد فيها عدلا كان او فاسقا كافرا او مسلما عبدا او حرا

ذكرا او انثى دفعا للحرج واما الديانات فلا يكثر وقوعها حسب وقوع
المعاملات فجاز ان يشترط فيها زيادة شرط فلا يقبل الا قول المسلم
العدل لان الفاسق متهم والكافر لا يلتزم الحكم فليس له ان يلزم المسلم
بخلاف المعاملات لان الكافر لا يمكنه المقام في دارنا الا بالمعاملة و
لا يتهيا له المعاملة الا بعد قبول قوله فيها فكان فيه ضرورة ولا
يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة انه يقبل قوله فيها
جريا على مذهبه انه يجوز القضاء به وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء
حتى يعتبر فيهما اكبر الراي قال ويقبل فيها قول العبد والحر والامة اذا
كانوا عدولا لان عند العدالة الصدق راجح والقبول لرجحانه فمن المعا
ملات ما ذكرناه ومنها التوكيل ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء
حتى اذا اخبره مسلم مرضي لم يتوضا به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا
او مستورا تحرى فان كان اكبر رايه انه صادق يتيمم ولا يتوضا وان
اراق الماء ثم تيمم كان احوط ومع العدالة تسقط احتمال الكذب فلا
معنى للاحتياط بالاراقة اما التحري مجرد ظن ولو كان اكبر رايه
انه كاذب يتوضا به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب بالتحري وهذا جواب
الحكم فاما في الاحتياط يتيمم بعد الوضوء لما قلنا ومنها الحل والحرمة
اذا لم يكن فيه زوال الملك وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية

المنتهى قال ومن دعي الى وليمة او طعام فوجد ثمة لعبا او غناء فلا
باس بان يقعد وياكل وقال ابو حنيفة ابتليت بهذا مرة وهذا لان
اجابة الدعوة سنة قال عم من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القسم
فلا يتركها لما قرنت به من البدعة من غيره كصلوة الجنازة واجب الاقامة
وان حضرتها نياحة وان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا
اذا لم يكن مقتديا فان كان ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان
في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الكتاب كان قبل ان يصير مقتديا ولو كان ذلك على المائدة
لا ينبغي ان يقعد وان لم يكن مقتديا لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع
القوم الظالمين وهذا اذا لم يعلم ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم
يلزمه حق الدعوة بخلاف ما اذا هجم عليه لانه قد لزمه ودلت المسألة على
ان الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة
ابتليت لان الابتلاء بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عم نهى عن لبس الحرير والديباج
وقال انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء لحديث آخر وهو
ما رواه عدة من الصحابة منهم علي ان النبي عم خرج وباحدى يديه حرير و
بالاخرى ذهب وقال هذان حرامان على ذكور امتي حلال لاناثهم ويروى

حل لاناثهم الا ان القليل عفو مقدار ثلاثة اصابع او اربع كالاعلام و
المكفوف بالحرير لما روي ان النبي عم نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين او
ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه انه كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير قال
ولا باس بتوسده والنوم عليه عند ابي حنيفة وقالا يكره وفي الجامع الصغير
ذكر قول محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف وانما ذكره القدوري وغيره
من المشايخ وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب لهما العمومات
ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه بهم حرام فقال عمر اياكم وزي
الاعاجم وله ما روي ان النبي عم جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط
عبد الله بن عباس مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كا
لاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع كونه نموذجا على
ما عرف قال ولا باس بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما
لما روى الشعبي ان النبي عم رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان
فيه ضرورة فان الخالص منه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو
لبريقه ويكره عند ابي حنيفة لانه لا فصل فيما رويناه والضرورة اندفعت
بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غير ذلك والمحظور لا يستباح
الا للضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس ما سداه
حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الصحابة

كانوا

كانوا يلبسون الخز والخز مسدى بالحرير ولان الثوب انما يصير ثوبا
بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة دون السدى وقال ابو يوسف
اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا
لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال وما كان لحمته حريرا
وسداه غير حرير لا باس به في الحرب للضرورة ويكره في غيره لانعدامها و
الاعتبار للحمة على ما بيناه قال ولا يجوز للرجال التحلي بالذهب لما روينا
ولا بالفضة لانها في معناه الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من
الفضة تحقيقا لمعنى النموذج والفضة اغنت عن الذهب اذ هما من جنس
واحد كيف وقد جاء في اباحة ذلك آثار وفي الجامع الصغير ولا يتختم الا
بالفضة وهذا نص على ان التختم بالحجر والحديد والصفر حرام ورأى
رسول الله عم على رجل خاتم صفر فقال ما لي اجد منك رائحة الاصنام
ورأى على آخر خاتم حديد فقال ما لي ارى عليك حلية اهل النار ومن
الناس من اطلق في الحجر الذي يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل
الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه والتختم بالذهب على الرجال
حرام لما روينا وعن علي ان النبي عم نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل
فيه التحريم والاباحة ضرورة الختم او النموذج وقد اندفعت بالادنى
وهو الفضة والحلقة هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص



ما يجوز النظر اليه من اعضاء النساء

في جواز ان يكون من حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه
تزين في حقهن وانما يتختم القاضي او السلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما
فالافضل ان يتركه لعدم الحاجة اليه قال ولا بأس بمسمار الذهب يجعل
في حجر الفص اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ولا
تشد الاسنان بالذهب وتشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة وقال
محمد لا بأس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف مثل قول كل منهما لهما ان عرفجة
ابن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ انفا من فضة فانتن فامره
النبي عم ان يتخذ انفا من الذهب ولابي حنيفة ان الاصل فيه التحريم و
الاباحة للضرورة وقد اندفعت بالفضة وهي الادنى فبقي الذهب على
التحريم والضرورة فيما روي لم تندفع في الانف دونه حيث انتن قال
ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم لما
ثبت في حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس كالخمر لما حرم شربها حرم
سقيها قال وتكره الخرقة التي تحمل فيمسح بها العرق لانه نوع تجبر و
كذا التي يمسح بها الوضوء او يمتخط بها وقيل اذا كان عن حاجة لا يكره
وهو الصحيح وانما يكره اذا كان تكبرا فصار كالتربع في الجلوس ولا بأس
بان يربط الرجل في اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم و
الرتيمة وكان ذلك من عادة العرب قال شاعرهم لا ينفعنك اليوم

ان

ان همت بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عم
امر بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان

فصل في الوطء والنظر واللمس

قال ولا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية الا الى وجهها وكفيها
لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس ما ظهر
منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة
المذكورة مواضعها ولان في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة
مع الرجال اخذا واعطاء وغير ذلك وهذا تنصيص على انه لا يباح النظر
الى قدمها وعن ابي حنيفة انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف
انه يباح النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد يبدو منها عادة قال وان كان
لا يأمن الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عم من نظر الى محاسن
امرأة اجنبية عن شهوة صب في عينيه الآنك يوم القيامة فاذا خاف
الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم وقوله لا يأمن يدل على
انه لا يباح اذا شك في الاشتهاء كما اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا
يحل له ان يمس وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة لقيام المحرم
وانعدام الضرورة والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عم
من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا

اذا كانت شابة تشتهى اما اذا كانت عجوزة لا تشتهى فلا باس بمصافحتها
ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى ان ابا بكر رضه كان يدخل بعض
القبايل التى كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجايز وابن الزبير
استاجر عجوزا لتمرضه وكانت تغمز رجله وتفلى راسه وكذا اذا كان
شيخا يامن على نفسه وعليها لما قلنا فان كان لا يامن عليها لا تحل
مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة والصغيرة اذا كانت لا تشتهى
يباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة **قال** ويجوز للقاضى اذا
اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد اداء الشهادة النظر الى وجهها
وان خاف ان يشتهى للحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء
واداء الشهادة ولكن ينبغى ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء
الشهوة تحرزا عما يمكنه التحرز عنه وهو قصد القبيح واما النظر لتحمل الشهادة
اذا اشتهى قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا
ضرورة بخلاف حالة الاداء ومن اراد ان يتزوج امراة لا باس بان
ينظر اليها وان علم انه يشتهيها لقوله عم فيها ابصرها فانه احرى
ان يودم بينكما ولان مقصوده اقامة السنة لا قضاء الشهوة ويجوز
للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغى ان يعلم امراة
مداواتها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم يقدروا يستر كل

موضع منها سوى موضع المرض ثم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان
ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها وصار كنظر الخافضة والختان وكذا
يجوز للرجال النظر الى موضع الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض
وكذا للهزال الفاحش على ما روى عن ابى يوسف لانه امارة المرض **قال**
وينظر الرجل من الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عم عورة
الرجل ما بين سرته حتى يجاوز ركبته ويروى الى ركبته وبهذا ثبت ان السرة
ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعى والركبة عورة خلافا
لما يقوله الشافعى والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر وما دون السرة
الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله ابو بكر محمد بن الفضل الكمارى
معتمدا فيه بالعادة لانه لا معتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو هريرة
عن النبى عم انه قال الركبة عورة وابدى الحسن بن على رضه سرته فقبلها
ابو هريرة وقال عم لجرهد وار فخذك اما علمت ان الفخذ عورة ولان
الركبة ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفى مثله يغلب المحرم
وحكم العورة فى الركبة اخف منه فى الفخذ وفى الفخذ اخف منه فى السواة
حتى ان كاشف الركبة ينكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف
السواة يودب ان لج وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس لانهما
فيما ليس بعورة سواء **قال** ويجوز للمراة ان تنظر من الرجل الى ما ينظر الرجل منه

بيان العورة

نظر المراة من الرجل

اليه اذا امنت الشهوة لاستوائهما الرجل في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب
والدواب وفي كتاب الخنثى من الاصل ان نظر المراة الى الرجل الاجنبي بمنزلة
نظر الرجل الى محارمه لان النظر الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها
شهوة او اكبر رايها انها تشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو
كان الناظر هو الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى
التحريم ووجه الفرق ان الشهوة عليهن غالب وهو كالمتحقق اعتبارا
فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك اذا اشتهت
المراة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة واعتبارا فكانت من
جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء الى المحرم اقوى من المتحقق
في جانب واحد قال وتنظر المراة من المراة الى ما يجوز للرجل ان ينظر
اليه من الرجل لوجود المجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل
الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت الى الانكشاف فيما بينهن وعن ابي حنيفة
ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى الرجل لان
الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال بالاعمال والاول اصح
قال وينظر الرجل من امته التي تحل له وزوجته الى فرجها وهذا اطلاق
في النظر الى سائر بدنها عن شهوة وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام
غض بصرك الا عن امتك وامراتك ولان ما فوق ذلك من المسيس
اي ما فوق النظر

والغشيان

ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن او ابائهن او اباء بعولتهن او
ابنائهن او ابناء بعولتهن او اخوانهن او بني اخوانهن او بني
اخواتهن او نسائهن او ما ملكت ايمانهن او التابعين غير اولي
الاربة من الرجال او الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء

والغشيان مباح فالنظر اولى الا ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما
الى عورة صاحبه لقوله عليه السلام اذا اتى احدكم اهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان
تجرد العير ولان ذلك يورث النسيان لورود الاثر وكان ابن عمر يقول
الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال وينظر الرجل من
ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساقين والعضدين ولا
ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن
الا لبعولتهن والمراد مواضع الزينة وهي ما ذكر في الكتاب ويدخل في ذلك
الاذن والساعد والعنق والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف
الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على
البعض من غير استيذان واحتشام والمراة في بيتها في ثياب مهنتها
عادة فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرغبة تقل للحرمة
المؤبدة فقلما تشتهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم من لا
يجوز المناكحة بينه وبينها على التابيد بنسب او بسبب كالرضاع والمصاهرة
لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة بنكاح او سفاح في الاصح
لما بينا قال ولا باس ان يمس ما جاز ان ينظر اليه منها لتحقق الحاجة
الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للمحرمية بخلاف وجه الاجنبية وكفيها حيث
لا يباح المس وان ابيح النظر لان الشهوة متكاملة الا اذا كان يخاف عليها او

على نفسه الشهوة لحديث لا ينظر ولا يمس لقوله عم العينان تزنيان زنا
هما النظر واليدان تزنيان زناهما البطش وحرمة الزنا بذوات المحارم
اغلظ فيجتنب وقال ولا باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عم لا تسافر
المراة فوق ثلاثة ايام ولياليها الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم
منها وقوله عم لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان ثالثهما
الشيطان وقال والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاجت الى الاركاب والانزال
فلا باس بان يمسها من وراء ثيابها وياخذ ظهرها وبطنها دون
ما تحتهما اذا امنا الشهوة فان خاف على نفسه او عليها تيقنا او ظنا
او شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها يمتنع عن
ذلك اصلا وان لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا تصيبه حرارة عضوها
وان لم يجد الثياب يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال وينظر
الرجل من مملوكة غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها
تخرج لحوائج مولاها وتخدم اضيافه وهي في ثياب مهنتها فصار
حالها خارج البيت في حق الاجانب كحال المراة داخله في حق
محارم الاقارب وكان عمر اذا راى جارية متقنعة علاها بالدرة
وقال الق عنك الخمار يا دفار اتتشبهين بالحرائر ولا يحل النظر
الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل انه يباح الا الى

مادون

ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في المحارم بل اولى لقلة الشهوة
فيهن وكمالها في الاماء ولفظة المملوكة ينتظم المدبرة والمكاتبة وام
الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند ابي حنيفة على ما عرف
واما الخلوة بها والمسافرة معها فقد قيل يباح كما في المحارم وقد
قيل لا يباح لعدم الضرورة وفي الاركاب والانزال اعتبر محمد في الاصل
الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم مجرد الحاجة قال ولا باس ان
يمس ذلك اذا اراد الشرى وان خاف ان يشتهي كذا ذكره في المختصر
واطلق ايضا في الجامع الصغير ولم يفصل وقال مشايخنا يباح النظر
في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا يباح المس اذا اشتهى او كان
اكبر رايه ذلك لانه نوع استمتاع وفي غير حالة الشرى يباح النظر
والمس بشرط عدم الشهوة قال واذا حاضت الامة لم تعرض في ازار واحد
معناه بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد
انها اذا كانت تشتهى ويجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار
واحد لوجود الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل
لقول عائشة الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل يجامع
وكذا المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا المخنث في الردي من الافعال
لانه فحل فاسق والحاصل انه يؤخذ فيه بمحكم كتاب الله المنزل فيه

والطفل الصغير مستثنى قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر من سيدته
الا ما يجوز للاجنبي النظر اليه منها وقال مالك هو كالمحرم وهو
احد قولي الشافعي لقوله تعالى او ما ملكت ايمانهن ولان الحاجة متحققة
لدخوله عليها من غير استيذان ولنا انه فحل غير محرم ولا زوج و
الشهوة متحققة لجواز النكاح في الجملة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج
البيت والمراد بالنص الاماء قال سعيد والحسن وغيرهما لا يغرنكم
سورة النور فانها في الاناث دون الذكور قال ويعزل عن امته
بغير اذنها ولا يعزل عن زوجته الا باذنها لان النبي عم نهى عن
العزل عن الحرة الا باذنها وقال في امته اعزل عنها ان شئت ولان
في الوطء حق الحرة قضاء للشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير في الجب و
العنة ولا حق للامة في الوطء فلهذا لا ينقص حق الحرة بغير اذنها و
يستبد به المولى ولو كانت تحته امة غيره فقد ذكرناها في النكاح

فصل في الاستبراء وغيره

ومن اشترى جارية فانه
لا يقربها ولا يلمسها ولا يقبلها ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها
والاصل فيه قوله عم في سبايا اوطاس الا لا توطأ الحبالى حتى يضعن
حملهن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة افاد وجوب الاستبراء على
المولى ودل على السبب في المسبية وهو استحداث اليد والملك لانه

هو الموجود في مورد النص وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة
الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه
وذلك عند حقيقة الشغل او توهم الشغل بماء محترم وهو ان يكون
الولد ثابت النسب ويجب على المشتري لا على البائع لان العلة الحقيقية
ارادة الوطء والمشتري هو الذي يريده دون البائع فيجب عليه غير ان الارادة
امر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما
يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وادير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب
استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر اسباب
الملك كالشرى والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك
وكذلك يجب على المشتري من مال الصبي ومن المراة والمملوك وممن لا
يحل له وطؤها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة
الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فيعتبر تحقق السبب عند توهم
الشغل وكذا لا يجتزى بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا بالحيضة
التي حاضتها بعد الشرى او غيره من اسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة
الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف لان السبب استحداث
الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا يجتزى بالحاصل قبل
الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل

بعد القبض في الشرى الفاسد فلا ان يشتريها شرى صحيحا لما قلنا ويجب
في جارية للمشتري فيها شقص فاشترى الباقي لان السبب قد تم الآن
والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزى بالحيضة التي حاضتها بعد القبض
وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد ما اشتراها ثم اسلمت المجوسية
او عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد
اذ هو مقتضى الحل وكذا لما مانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبقة او ردت المغصوبة او المؤاجرة او فكت
المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد اذ هو سبب متعين
فادير الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظائر كثيرة كتبناها في كفاية
المنتهي واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم الدواعي
لانه يحتمل الوقوع في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع
بخلاف الحيض حيث لا يحرم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير
الملك ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة
في المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فتفضي اليه ولم
يذكر الدواعي في المسبية وعن محمد انها لا تحرم لانها لا يحتمل وقوعها
في غير الملك لانه لو ظهر بها حبل لا تصح دعوة الحربي بخلاف المشتراة على
ما بيناه والاستبرا في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات

الاشهر

الاشهر بالشهر لانه اقيم في حقهن مقام الحيض كما في العدة
واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء بالايام للقدرة على الاصل
قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة وان ارتفع حيضها
تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها وليس فيه تقدير
في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين او ثلاثة وعن محمد اربعة
اشهر وعشرة ايام وعنه شهران وخمسة ايام اعتبارا بعدة
الحرة والامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن ابي
حنيفة ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء عند ابي يوسف
خلافا لمحمد وقد ذكرنا الوجهين في الشفعة والماخوذ قول ابي
يوسف فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في طهرها ذلك وقول محمد فيما
اذا قربها والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري حرة ان يتزوجها قبل الشرى ثم
يشتريها ولو كانت فالحيلة ان يزوجها البائع قبل الشرى او المشتري
قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها ويقبضها او يقبضها ثم يطلق
الزوج لان عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض
اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان
المعتبر اوان وجود السبب كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا يقرب
المظاهر ولا يلمس ولا يقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه

لما حرم الوطء الى ان يكفر حرم الدواعي للافضاء اليه لان الاصل
ان سبب الحرام حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت
بشبهة بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض قد يمتد شطر عمرها
والصوم يمتد شهرا فرضا واكثر العمر نفلا ففي المنع عنها بعض الحرج
ولا كذلك ما عددناها لقصور مددها وقد صح ان النبي عم كان
يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال ومن له امتان
اختان فقبلهما بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها
بشهوة ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى غيره بملك او نكاح
او يعتقها واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطئا
لاطلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين ولا تعارض بقوله تعالى او ما
ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لاطلاق
النص ولان الدواعي بمنزلة الوطء في التحريم على ما مهدناه من قبل
فاذا قبلهما فكانه وطئهما ولو وطئهما فليس له ان يجامع احديهما
ولا ان ياتي بالدواعي فيها فكذا اذا قبلهما وكذا اذا مسهما بشهوة
او نظر الى فرجهما بشهوة لما بينا الا ان يملك فرج الاخرى غيره
بملك يمين او نكاح او يعتقها لانه لما حرم عليه فرجها لم يكن جامعا
وقوله بملك اراد به ملك يمين فينتظم التمليك بسائر اسبابه بيعا او

غيره

وذكر ابو الليث ان التقبيل على خمسة اوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد ولده وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد والديه وقبلة المودة كقبلة الرجل اخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود

غيره وتمليك الشقص فيه كتمليك الكل لان الوطء يحرم به وكذا اعتاق البعض
من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة كالاعتاق في هذا لثبوت حرمة
الوطء بذلك كله وبرهن احديهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الاخرى
لانه لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد به النكاح الصحيح اما اذا
زوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطء الاخرى الا ان يدخل الزوج
بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح الصحيح في التحريم ولو وطئ
احديهما حل له وطء الموطوءة دون الاخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى
لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فيما ذكرنا بمنزلة
الاختين قال ويكره ان يقبل الرجل فم الرجل او يده او شيئا منه او
يعانقه وذكر الطحاوي ان هذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا باس
بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي عم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة
وقبل بين عينيه ولهما ما روي ان النبي عم نهى عن المكامعة وهي المعانقة
وعن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه محمول على ما قبل التحريم قالوا
الخلاف في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا باس
بها بالاجماع وهو الصحيح ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقال عم
من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

لا باس ببيع السرقين ويكره بيع العذرة وقال الشافعي

تقبيل الرجل الرجل والمعانقة والمصافحة

ورخص بعض المتاخرين تقبيل يد العالم والمتورع على سبيل التبرك وعن سفيان قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا رخصة فيه قال صدر الشهيد هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلونه من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية دون العبادة وقال شمس الائمة السرخسي السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر كعادة

لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين فشابه العذرة وجلد
الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه يلقى في الاراضي لاستكثار الريع
فكان مالا والمال محل للبيع بخلاف العذرة لانه ينتفع به مخلوطا ويجوز
بيع المخلوط هو المروي عن محمد وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع
بالمخلوط لا بغير المخلوط في الصحيح والمخلوط بمنزلة زيت خالطته النجاسة
قال ومن علم بجارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها
ببيعها فانه يسعه ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع
له وقول الواحد في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل
وكذا اذا قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا
اذا كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان
عدالة المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر وان كان اكبر رأيه
انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي يقام
مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان لكن اخبره صاحب اليد انها
لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل قوله وان لم
يكن ثقة يعتبر فيه اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم يخبره
صاحب اليد انها لفلان فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم
انتقالها الى ملك الثاني لان اليد للاول دليل ملكه وان كان لا يعرف

ذلك

ذلك له ان يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل
الملك في حق الفاسق والعدل ولم يعارضه معارض ولا معتبر باكبر الرأي
عند وجود الدليل الظاهر الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب
له ان يتنزه ومع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك
لاعتماده الدليل الشرعي وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم
يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان
اخبره ان مولاه اذن له وهو ثقة قبل وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي
وان لم يكن له رأي لم يشترها لقيام الحاجز فلا بد من دليل ولو ان امرأة
اخبرها ثقة ان زوجها الغائب مات او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة
واتاها بكتاب من زوجها بالطلاق ولا تدري انه كتابه ام لا الا ان اكبر
رأيها انه حق يعني بعد التحري فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع
طارئ ولا منازع وكذا لو قالت لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا بأس بان
يتزوجها وكذا اذا قالت المطلقة الثلاث انقضت عدتي فلا بأس بان
يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية كنت امة لفلان فاعتقني لان
القاطع طارئ ولو اخبرها مخبر ان اصل النكاح كان فاسدا او كان الزوج
حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك
رجلان او رجل وامرأتان وكذا اذا اخبره مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة

او اختك من الرضاعة لم يسعه ان يتزوج باختها واربع سواها حتى يشهد بذلك
عدلان لانه اخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته و
انكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة
صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او اخته حيث يقبل قول
الواحد فيه لان القاطع طارئ والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت
المنازع فافترقا وعلى هذا الحرف يدور الفرق ولو كانت جارية
صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما كبرت لقيها رجل في
بلد آخر فقالت انا حرة الاصل لم يسعه ان يتزوجها لتحقق
المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ
ثمنها وعليه دين يكره لصاحب الدين ان ياخذ منه وان كان البائع
نصرانيا فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان
الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه
من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الذمي فملكه
البائع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين و
البهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله وكذا التلقي فاما اذا
كان لا يضر فلا باس به والاصل فيه قوله عم الجالب مرزوق والمحتكر
ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم

وتضييق

وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة
بخلاف ما اذا كان لم يضر بان كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره
وكذا التلقي على هذا التفصيل لانه عم نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان
قالوا هذا اذا لم يلبس المتلقي على التجار سعر البلدة فان لبس فهو مكروه
في الوجهين لانه غادر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير
والتبن والقت قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف كل ما اضر بالعامة حبسه
فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد انه قال لا احتكار
في الثياب فابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وابو
حنيفة اعتبر الضرر المعهود ثم المدة اذا قصرت لا يكون احتكارا لعدم الضرر
واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل مقدرة باربعين
يوما لقوله عم من احتكر طعاما اربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه
وقيل بالشهر لان ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد
مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين ان يتربص العزة وبين
ان يتربص القحط وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا اما يأثم وان قلت المدة
والحاصل ان التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته
او ما جلبه من بلد آخر فليس بمحتكر اما الاول فلانه خالص حقه لم يتعلق
به حق العامة الا يرى ان له ان لا يزرع فكذا له ان لا يبيع واما الثاني

تخصيص الاحتكار

المدة المعتبرة في الاحتكار

التفاوت في الاثم في الاحتكار

التجارة الغير المحمودة

الاول لا يكون محتكرا والثاني

فالمذكور قول أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى
فنائها وقال أبو يوسف يكره لإطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه إلى
المصر في الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة
به بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر لأنه لم يتعلق
به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس لقوله عم لا تسعروا
فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولأن الثمن حق العاقد فإليه
تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا إذا تعلق به دفع ضرر العامة
على ما نبين وإذا رفع إلى القاضي هذا الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته
وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك وينهاه عن الاحتكار فإن رفع
إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا له ودفعا للضرر عن الناس
فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون عن القيمة تعديا فاحشا
وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا بالتسعير فحينئذ لا بأس به بمشورة
من أهل الرأي والبصر فإذا فعل ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر
منه أجازه القاضي وهذا ظاهر عند أبي حنيفة لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما
إلا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير
مكره على البيع وهل يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه فهو على
الاختلاف الذي عرف في بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة

أي عنده لا يبيع وعندهما يبيع

يرى الحجر لدفع ضرر عام وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في
أيام الفتنة معناه ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبيب إلى المعصية
وقد بيناه في السير وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك
لأنه يحتمل أن لا يستعمله في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع
العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد
تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة لأن المعصية تقوم بعينه
قال ومن آجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار أو كنيسة أو بيعة أو يباع
فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا ينبغي أن يكريه
لشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت
ولهذا تجب الأجرة بمجرد التسليم ولا معصية فيه وإنما المعصية بفعل
المستأجر وهو مختار فيه فقطع نسبته عنه وإنما قيده بالسواد لأنهم
لا يمكنون من اتخاذ البيع والكنائس وإظهار بيع الخمور والخنازير
في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها بخلاف السواد قالوا هذا كان
في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة فأما في سوادنا فأعلام الإسلام
فيها ظاهرة فلا يمكنون أيضا فيها وهو الأصح قال ومن حمل لذمي خمرا
فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة وقالا يكره له ذلك لأنه إعانة على المعصية
وقد صح أن النبي عم لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول إليه له أن المعصية

بيع السلاح

في شربها وهو فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل
ولا يقصد به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال
ولا بأس ببيع بناء بيوت مكة ويكره بيع ارضها عند ابي حنيفة وقالا
لا بأس ببيع ارضها ايضا وهو رواية عن ابي حنيفة لانها مملوكة لهم
لظهور الاختصاص الشرعي بها فصار كالبناء ولابي حنيفة قوله عم مكة
حرام لا تباع رباعها ولا تورث ولانها حرة محترمة لانها فناء الكعبة
وقد ظهر اثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا
يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لانه خالص ملك
الباني ويكره اجارتها ايضا لقوله عم من آجر ارض مكة فكانما اكل
الربوا ولان اراضي مكة تسمى السوائب على عهد رسول الله عم من
احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها اسكنها غيره قال ومن وضع درهما
عند بقال ياخذ منه شيئا يكره له ذلك لانه ملكه قرضا جر به نفعا و
هو ان ياخذ منه ما شاء حالا فحالا ونهى رسول الله عم عن قرض جر نفعا
وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزءا فجزءا لانه وديعة
وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ

فصل في مسائل متفرقة

ويكره التعشير في المصحف والنقط لقول ابن مسعود جردوا القرآن
ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير والنقط ترك التجريد ولان

التعشير يخل بحفظ الآي والنقط بحفظ الاعراب اتكالا عليه فيكره
وقالوا في زماننا لا بد للعجم من دلالة فترك ذلك اخلال بالحفظ وهجران
القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف لما فيه من تعظيمه
وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ذكرناه من قبل قال
ولا بأس بان يدخل اهل الذمة المسجد الحرام وقال الشافعي يكره ذلك وقال
مالك يكره في كل مسجد للشافعي قوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد
الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن جنابة لانه لا يغتسل اغتسالا
يخرجه عنها والجنب يجنب المسجد وبهذا احتج مالك والتعليل بالنجاسة
عام فينتظم المساجد كلها ولنا ما روي ان النبي عم انزل وفد ثقيف
في مسجده وهم كفار ولان الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي الى تلويث المسجد
والآية محمولة على الحضور استعلاء واستيلاء او طائفين عراة كما كانت
عادتهم في الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لان الرغبة في استخدامهم
حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة محرمة قال ولا بأس
باخصاء البهائم وانزاء الحمير على الخيل لان في الاول منفعة البهيمة
والناس وقد صح ان النبي عم ركب البغلة فلو كان هذا الفعل مكروها
لما ركبها لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني
لانه نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح ان النبي عم عاد

يهوديا مرض بجواره قال ويكره ان يقول الرجل في دعائه اسألك
بمعقد العز من عرشك وللمسألة عبارتان هذه ومقعد العز ولا ريب
في كراهة الثانية لانه من القعود وكذا الاولى لانه يوهم تعلق عزه بالعرش
وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن ابي يوسف انه لا بأس
به وبه اخذ الفقيه ابو الليث لانه مأثور عن النبي عم انه كان يقول
في دعائه اللهم اني اسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة
من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة ولكنا نقول
هذا خبر الواحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره ان يقول في دعائه
بحق فلان او بحق انبيائك ورسلك لانه لا حق للمخلوق على الخالق قال
ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والاربعة عشر وكل لهو لانه ان قامر
بها فالميسر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار وان لم يقامر فهو عبث وقال عم
لهو المؤمن باطل الا الثلث تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه و
ملاعبته مع اهله وقال بعض الناس يباح اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ
الخواطر وتذكية الافهام وهو محكي عن الشافعي لنا قوله عم من لعب بالشطرنج
والنردشير فكانما غمس يده في دم الخنزير ولانه نوع لعب يصد عن ذكر الله
وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عم ما الهاك عن ذكر الله فهو
ميسر ثم ان قامر به تسقط عدالته وان لم يقامر لا تسقط لانه متأول فيه

ذلك

وكره ابو يوسف ومحمد التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة به بأسا ليشغلهم عما هم
فيه قال ولا بأس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة
دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير وهذا استحسان
وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس من اهله وجه الاستحسان ان
النبي عم قبل هدية سلمان حين كان عبدا وقبل هدية بريرة وكانت مكاتبة
واجاب رهط من الصحابة دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان في
هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا يملك ما هو من
ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس قال
ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز ان يقبض له الهبة والصدقة واصل
هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلثة نوع هو من باب الولاية لا يملكه الا
من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي هو الذي قام
مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة حال الصغار وهو شراء
ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الاظآر وذلك جائز ممن يعوله و
ينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم واذا ملك هؤلاء
هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في حق الولي ان يكون الصبي في حجره و
نوع ثالث ما هو نفع محض كقبول الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه
الملتقط والاخ والعم والصبي بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة

وعن ابي بكر رضه انه كان ياخذ كل يوم درهما وثلثي درهم وعن عمر رضه انه كان ياخذ كفايته قال الصدر الشهيد رحمه الله وان استعفف فتنزه كان افضل قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فلياكل بالمعروف والآية وان كانت نزلت في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل لليتيم فيثبت ذلك الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة فقد روي عن عثمان رضه انه احتسب ولم ياخذ هذا كله فيما اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق واما اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك بمال عامة المسلمين

فتح باب مثله نظرا للصبي فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز للملتقطات يواجره ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لان عند ذلك تمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يواجر نفسه وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى الداية وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يحرك راسه وهو معتاد بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاحراق بالنار ولا يكره ان يقيده لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الدعارة فلا يكره في العبد تحرزا عن اباقه وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لان النبي عم بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الحبس من اسباب النفقة كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية فان كان شرطا فهو حرام لانه استيجار على الطاعة اذ القضاء طاعة بل هو

افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه لا يمكنه اقامة الواجب وهو فرض القضاء الا به اذ الاشتغال بالكسب يقعده عن اقامته وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الاصح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن يولى بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعادته ثم تسميته رزقا يدل على انه بقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في آخر السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها هو على قول اختلاف معروف في نفقة المراة اذا ماتت في السنة بعد استعجال نفقة السنة والاصح انه يجب الرد قال ولا باس بان يسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه وما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة سمي به لبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك لها او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر

فصاح لم يسمع الصوت فيه فهي موات قال رضـ هكذا ذكره القدوري ومعنى
العادي ما قدم خرابه والمروي عن محمد انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم
او ذمي مع انقطاع الارتفاق بها ليكون ميتة مطلقا فاما التي هي مملوكة
لمسلم او ذمي لا يكون مواتا واذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين ولو
ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن القرية على ما
شرط ابو يوسف لان الظاهر ان ما يكون قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق
اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة
وان كان قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وشمس الائمة
السرخسي اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه
بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه لقوله عم من احيا ارضا ميتة
فهي له ولانه مال مباح سبقت اليه يده فيملكه كما في الحطب والصيد ولابي حنيفة
قوله عم ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رويناه يحمل على الاذن
لقوم لا ينصب لشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل
والركاب فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في ساير الغنائم
ويجب فيه العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه
بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها
ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلالها

لا رقبتها

لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها
من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة فيه
بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة ثم احاط
الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد ان
طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها لتطرقه وقصد الرابع ابطال
حقه قال ويملكه الذمي بالاحياء كما يملكه المسلم لان الاحياء سبب الملك
الا ان عند ابي حنيفة اذن الامام من شرطه فيستويان فيه كما في ساير
اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا ولم يعمرها
ثلاث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع كان الى الاول
ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر والخراج فاذا لم
يحصل يدفعه الى غيره تحصيلا للمقصود ولان التحجير ليس باحياء
ليملكه به لان الاحياء انما هو العمارة والتحجير للاعلام سمي به لانهم كانوا
يعلمونه بوضع الاحجار حوله او يعلمونه لحجر غيرهم عن احيائه
فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح وانما شرط ثلاث سنين لقول
عمر ليس لمتحجر بعد ثلث سنين حق ولانه اذا اعلم لا بد من زمان
يرجع فيه الى وطنه وزمان يهيئ اموره فيه وزمان يرجع الى ما يحجره
فقدرناه بثلاث سنين لان ما دونها من الساعات والايام والشهور

لا يثبت بذلك واذا لم يحضر بعد انقضائها فالظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة
فاما اذا احياها غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون
الاول وصار كالاستيام فانه يكره ولو فعل يجوز العقد ثم التحجير قد يكون
بغير الحجر بان غرز حولها اغصانا يابسة او نقى الارض واحرق ما فيها
من الشوك او حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حولها وجعل
التراب عليها من غير ان يتم المسناة ليمنع الناس من الدخول او حفر
من بئر ذراعا او ذراعين وفي الاخير ورد الخبر ولو كربها وسقاها
فعن محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وان سقاها مع حفر
الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم
الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال ولا يجوز
احياء ما قرب من العامر ويترك مرعى لاهل القرية ومطرحا لحصائدهم
لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا على ما بيناه فلا يكون مواتا
لتعلق حقهم بها بمنزلة الطريق والنهر وعلى هذا قالوا لا يجوز ان يقطع
الامام ما لا غنى بالمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي الناس منها
لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في برية فله حريمها ومعناه اذا حفر
في ارض موات باذن الامام عنده وباذنه وبغير اذنه عندهما لان
حفر البئر احياء قال فان كانت للعطن فحريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام

بيان حريم البئر

من

من حفر بئرا فله مما حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم
قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح من كل جانب لان في الاراضي
رخوة ويتحول الماء الى ما حفر دونها وان كانت للناضح فحريمها
ستون وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون ذراعا لهما قوله عليه السلام
حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن اربعون ذراعا و
حريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه يحتاج فيه الى ان يسير دابته للاستقاء
وقد يطول الرشاء وبئر العطن الاستقاء منه بيده فقلت
الحاجة فلا بد من التفاوت وله ما رويناه من غير فصل والعام
المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص المختلف في قبوله
والعمل به ولان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع
الحفر والاستحقاق به ففيما اتفق عليه الحديثان تركناه وفيما تعارضا
فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن بئر الناضح
باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر فلا
يحتاج الى زيادة المسافة وان كانت عينا فحريمها خمسمائة
ذراع لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة المسافة لان
العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجري فيه الماء و
من حوض يجمع فيه الماء ومن موضع يجري فيه الى المزرعة

بيان حريم العين

فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف والاصح
انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرناه في العطن والذراع
هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في
العين والبئر بما ذكرناه في اراضيهم لصلابتها وفي اراضينا
رخاوة فيزاد كيلا يتحول الماء الى الثاني فيتعطل الاول قال
فمن اراد ان يحفر في حريمها منع منه كيلا يؤدي الى تفويت حقه
والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من
الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بيرا
في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ
الثاني فيه قيل له ان ياخذه بكبسه لان ازالة جناية حفره به كما
في الكناسة يلقيها في دار غيره فانه يؤخذ برفعها وقيل يضمنه
النقصان ثم يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره وهذا
هو الصحيح ذكره في ادب القاضي للخصاف وذكر طريق معرفة
النقصان وما عطب في الاولى فلا ضمان فيه لانه غير متعد ان كان
باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذن الامام عندهما والعذر
لابي حنيفة انه يجعل الحفر تحجيرا او هو بسبيل منه بغير اذن
الامام وان كان لا يملكه بدونه وما عطب في الثانية فيه الضمان

لانه متعد فيه حيث حفره في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا وراء حريم
الاولى فذهب ماء البئر الاولى لا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق
ملك الحافر الاول فيه والقناة لها حريم بقدر ما يصلحه وعن محمد
انه بمنزلة البئر في استحقاق الحريم وقيل هو عندهما وعنده لا حريم
لها ما لم يظهر الماء لانه نهر في التحقيق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند
ظهور الماء على الارض فهو بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمه بخمسمائة
ذراع والشجرة تغرس في ارض موات لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره
ان يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى حريم له يجد فيه ثمره و
يضعه فيه وهو مقدر بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما
ترك الفرات او دجلة وعدل عنه الماء ويجوز عوده اليه لم يجز
احياؤه لحاجة الناس الى كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه
فهو كالموات اذا لم يكن حريما لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر
الماء يدفع قهر غيره وهو اليوم في يد الامام قال ومن كان له نهر
في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة الا ان يقيم بينة على ذلك
وقالا له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي طينه عليها قيل هذه المسئلة
بناء على ان من احيى نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده

وعندهما يستحق لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل
الماء ولا يمكنه عادة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل
الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبئر وله ان القياس
يأباه على ما ذكرنا وفي البئر عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها
اليه في النهر لان الانتفاع بالماء في النهر ممكن بدون الحريم ولا يمكن
في البئر الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه
البناء ان باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر
والقول لصاحب اليد وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر
يشهد لصاحب الارض على ما نذكره وان كانت مسئلة مبتداة فلهما
ان الحريم في يد صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب
الارض نقضه وله انه اشبه بالارض صورة ومعنى اما صورة فلاستوائهما
ومعنى من حيث صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده
ما هو اشبه به كاثنين تنازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع
الآخر معلق على باب احدهما يقضى للذي في يده ما هو اشبه بالمتنازع
فيه والقضاء في موضع الخلاف قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء
انما النزاع فيما وراءه مما يصلح للغرس على انه ان كان مستمسكا به الماء
فللآخر دافع به الماء عن ارضه والمانع عن نقضه تعلق حق صاحب

النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يتمكن من نقضه
وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة ولآخر خلف
المسناة ارض تلزق بها وليست المسناة في يد احدهما فهي لصاحب الارض
عند ابي حنيفة وقالا لصاحب النهر حريما لملقى طينه وغير ذلك وقوله ليست
المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى فينكشف
بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما عليه ذلك فصاحب الشغل
اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لا يدرى من غرسه فهو من مواضع
الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف ان ولاية الغرس لصاحب الارض عنده وعندهما
لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان
لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل يمنع صاحب النهر
وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر آخذ بقوله في الغرس
وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف ان حريم النهر مقدار نصف
النهر من كل جانب وعن محمد مقدار بطن النهر من كل جانب وهذا ارفق
بالناس

فصول في مسائل الشرب فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع
شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه
انواع منها ماء البحار ولكل واحد من الناس فيها حق الشفة

وسقي الاراضي حتى ان من اراد ان يكري منها نهرا الى ارضه لم يمنع
من ذلك والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا
يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام
كجيحون وسيحون ودجلة والفرات للناس فيه حق الشفة على الاطلاق
وحق سقي الارض بان احيا واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها
ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون النهر في ملك احد لانها مباحة في
الاصل اذ قهر الماء يدفع قهر غيره وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك
لان دفع الضرر واجب عليهم وذلك بان يميل الماء الى هذا الجانب اذا
انكسرت ضفته فيغرق القرى والاراضي وعلى هذا نصب الرحى عليه
لان شق النهر للرحى كشقه للسقي والثالث اذا دخل الماء في المقاسم
فحق الشفة ثابت والاصل فيه قوله عم الناس شركاء في ثلاث في الماء
والكلأ والنار وانه ينتظم الشرب والشرب خص منه الاول وبقي
الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ما وضع للاحراز ولا يملك
المباح بدونه كالظبي اذا تكنس في ارضه ولان في ابقاء الشفة
ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو
محتاج اليه لنفسه ومركبه فلو منع عنه افضى الى حرج عظيم وهو
مدفوع فان كان الرجل ان يسقي بذلك ارضا احياها كان لاهل

حكم الغرق في النهر

النهر ان يمنعوه عنه اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة
ولانا لو ابحنا ذلك لانقطعت منفعة الشرب والرابع الماء المحرز
في الاواني وانه صار مملوكا له بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في
الصيد الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو
ما روينا حتى لو سرقه انسان في موضع يعز وجوده وهو يساوي نصابا
لم يقطع يده ولو كانت البئر او العين او النهر او الحوض في ملك رجل له
ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر بقرب
من هذا الماء في غير ملك احد وان كان لا يجد يقال لصاحب النهر اما ان
تعطيه الشفة او تتركه ياخذ بنفسه بشرط ان لا يكسر ضفته وهذا
مروي عن الطحاوي وقيل ما قاله صحيح فيما اذا حفر في ارض مملوكة له
اما اذا حفر في ارض موات فليس له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا
والحفر لاحياء حق مشترك فلا يقطع الشركة في الشفة ولو منعه عن
ذلك وهو يخاف على نفسه او ظهره العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه
قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف
الماء المحرز في الاناء حيث يقاتله بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام
عند اصابة المخمصة وقيل في البئر ونحوها ينبغي ان يقاتله بغير سلاح
بعصا لانه ارتكب معصية فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان

يأتي على الماء كله بأن كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الإبل والمواشي
كثرة تقطع الماء بشربها قيل لا يمنع منه لأن الإبل لا ترده في كل وقت
فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له أن يمنع اعتبارا
بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه قال ولهم أن يأخذوا الماء
منه للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لأن الأمر بالوضوء والغسل فيه
كما قيل يؤدي إلى الحرج وهو مدفوع وإن أراد أن يسقي شجرا أو خضرا
في داره حملا بجراره له ذلك في الأصح لأن الناس يتوسعون فيه ويعدون
المنع عن ذلك من الدناءة وليس له أن يسقي أرضه ونخله وشجره
من نهر هذا الرجل وبئره وقناته إلا بإذنه نصا وله أن يمنع من ذلك لأن
الماء متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحدة لأن في إبقائه قطع
شرب صاحبه ولأن المسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه فلا
يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فإن أذن له صاحبه في ذلك أو
أعاره فلا بأس به لأنه حقه فيجري فيه الإباحة كالماء المحرز في إنائه

فصل في كري الأنهار

الأنهار ثلثة نهر غير مملوك
لأحد ولم يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك
دخل ماؤه تحت القسمة إلا أنه عام ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة
وهو خاص والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعدمه فالأول

مؤنة

مؤنة كريه على السلطان من بيت مال المسلمين لأن منفعة الكري لهم
فيكون مؤنته عليهم ويصرف إليه مؤنة الخراج والجزية دون العشور
والصدقات لأن الثاني للفقراء والأول للنوائب فإن لم يكن في بيت المال
شيء فالإمام يجبر الناس على كريه إحياء لمصلحة العامة إذ هم لا يقيمونها
بأنفسهم وفي مثله قال عمر رض لو تركتم لبعتم أولادكم إلا أنه يخرج له
من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم
وأما الثاني فكريه على أهله لا على بيت المال لأن الحق لهم والمنفعة تعود
إليهم على الخصوص والخلوص ومن أبى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام
وهو ضرر بقية الشركاء وضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض
به ولو أرادوا أن يحصنوه خيفة الانبثاق وفيه ضرر عام كغرق
الأراضي وفساد الطرق يجبر الآبي وإلا فلا لأنه موهوم بخلاف الكري لأنه
معلوم وأما الثالث وهو الخاص من كل وجه فكريه على أهله لما بينا
ثم قيل يجبر الآبي كما في الثاني وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين
خاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما أنفقوا فيه إذا كان
بأمر القاضي فاستوت الجنبتان بخلاف ما تقدم ولا إجبار لحق الشفة
كما إذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فإذا
جاوز أرض رجل رفع عنه وهذا عند أبي حنيفة وقالا عليهم جميعا من أوله

الى آخر يحصص الشرب والارضين لان لصاحب الاعلى حقا في الاسفل
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه ولهما ان المقصود من الكري
الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا يلزمه انتفاع غيره و
ليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل على سطح غيره كيف
وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسده من اعلاه ثم انما يرفع عنه اذا جاوز
ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره وهو يروى عن محمد و
الاول اصح لان له رايا في اتخاذ الفوهة من اعلاه واسفله و
اذا جاوز الكري ارضه حتى سقطت مؤنته عنه قيل له ان يفتح الماء ليسقي
ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له ذلك ما لم يفرغ شركاؤه نفيا
لاختصاصه وليس على اهل الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم
اتباع

فصل في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه

ويصح دعوى الشرب بغير ارض استحسانا لانه قد يملك بدون الارض ارثا
وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو مرغوب فيه فيصح فيه الدعوى
وان كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد صاحب الارض ان لا يجري
النهر في ارضه ترك على حاله لانه مستعمل له باجراء مائه فعند الاختلاف
يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة
ان هذا النهر له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها

فيقضى

فيقضى له لاثباته بالحجة ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب
في نهر او على سطح او الميزاب او الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيها نظير
في الشرب واذا كان نهر بين قوم واختصموا في الشرب كان الشرب بينهم
على قدر اراضيهم لان المقصود الانتفاع بسقيها فيتقدر بقدره بخلاف
الطريق لان المقصود التطرق وهو في الدار الواسعة والضيقة
على نمط واحد فان كان الاعلى منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له
ذلك لما فيه من ابطال حق الباقين لكنه يشرب بحصته فان تراضوا
على ان يسكر الاعلى النهر حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل
رجل منهم في نوبته جاز لان الحق لهم الا انه اذا تمكن من ذلك بلوح
لا يسكر بما ينكبس به النهر من غير تراض لكونه اضرارا بهم وليس لاحد
ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى الا برضا اصحابه لان فيه كسر ضفة
النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا يضر بالنهر
ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه ولا
ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء
ان يتغير عن سننه الذي كان يجري والدالية والسانية نظير الرحى
ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة بمنزلة طريق خاص بين قوم بخلاف
ما اذا كان لواحد نهر خاص ياخذ من نهر خاص بين قوم فاراد ان يقنطر عليه

ويستوثق منه له ذلك او كان مقنطرا مستوثقا فاراد ان ينقض ذلك ولا
يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وضعا
ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع فم النهر
لانه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت القسمة
بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر فيجعلها في اربعة اذرع منه
لاحتباس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا اراد ان يسفل
كواه او يرفعها حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار
سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم
يكن فيه تغيير موضع القسمة ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد
احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك لان القديم يترك على قدمه لظهور
الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر خاص ليس له ان يزيد
كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى
في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق منه نهرا ابتداء فكان له ان يزيد
في الكوى بالطريق الاولى وليس لاحد الشركاء ان يسوق في النهر شربه
الى ارض له اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد يستدل
به على حق الشرب وكذا اذا اراد ان يسوق شربه في ارضه الاولى حتى
ينتهي الى هذه الارض الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذ الارض

الاولى

الاولى تنشف بعض الماء قبل ان يسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد
احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التي
مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى من الشريكين في النهر الخاص وفيه
كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن ارضه كيلا تنز ليس
له ذلك لما فيه من الضرر بالاخر وكذا اذا اراد ان يقسم الشرب مناصفة
بينهما لان القسمة بالكوى تقدمت الا ان يتراضيا لان الحق لهما
وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده
لانه اعارة الشرب فان مبادلة الشرب بالشرب باطلة والشرب مما يورث
ويوصى بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية
بذلك حيث لا تجوز العقود اما للجهالة او للغرر او لانه ليس بمال
متقوم حتى لا يضمن اذا سقى من شرب غيره واذا بطلت العقود
فالوصية بالباطل باطلة وكذا لا يصلح مسمى في النكاح حتى يجب مهر المثل
ولا يجب في الخلع حتى يجب رد ما قبضت من الصداق لتفاحش
الجهالة ولا يصلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا يملك بشيء من العقود
ولا يباع الشرب في دين صاحبه بعد موته بدون الارض كما في حال
حيوته وكيف يصنع الامام والاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها
فيبيعهما باذن صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض مع شربه وبدونه

فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اشترى على تركة الميت
ارضا بغير شرب ثم يضم الشرب اليها ويبيعهما فيؤدي من الثمن ثمن الارض
ويصرف الفاضل الى قضاء الدين وإذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء
اى ملأها فسال من مائها في ارض رجل فغرقها او نزت ارض جاره
من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد فيه

كتاب الاشربة

سمي بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة
الخمر وهي عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا
طبخ حتى ذهب اقل من ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير
ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب اذا اشتد وغلا اما
الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان مائيتها وهي النيء
من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند
اهل اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله
عم كل مسكر خمر وقوله عم الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود
في كل مسكر ولنا انه اسم خاص باطباق اهل اللغة فيما ذكرنا
ولهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره غيره ولان حرمة الخمر قطعية

وهي في غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على ان
ما ذكرتم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من
الظهور ثم هو اسم خاص للنجم المعروف لا لكل ما ظهر وهذا كثير
النظير والحديث الاول طعن فيه يحيى بن معين والثاني اريد به
بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب الرسالة والثاني في حد ثبوت هذا
الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي حنيفة وعندهما اذا اشتد
ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت به وكذا المعنى المحرم
بالاشتداد وهو المؤثر في الفساد ولابي حنيفة ان الغليان بداية
الشدة وكمالها بقذف الزبد وسكونه اذ به يتميز الصافي من الكدر
واحكام الشرع قطعية فيناط بالنهاية كالحد واكفار المستحل
وحرمة البيع وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد احتياطا
والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها وقال ان السكر منه حرام لان
به يحصل الفساد وهو الصد عن ذكر الله وهذا كفر لانه جحود الكتاب
لانه سماه رجسا والرجس ما هو محرم العين وقد جاءت السنة
متواترة ان النبي عم حرم الخمر وعليه انعقد الاجماع ولان قليله
يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا تزداد لشاربها اللذة

بالاستكثار منه بخلاف سائر المطعومات ثم هو غير معلول عندنا
حتى لا يتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي يعديه اليها وهذا
بعيد لانه خلاف للسنة المشهورة وتعليل لتعدية الاسم والتعليل في الاحكام
لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوتها بالدلائل
القطعية على ما بينا والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره الدليل القطعي
والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن متلفها وغاصبها
ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها والتقوم يشعر بعزتها
وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوطها
ماليتها والاصح انه مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها فمن كان له
دين على مسلم فاوفاه ثمن الخمر لا يحل له ان ياخذه ولا للمديون ان يؤديه
لانه ثمن بيع باطل وهو غصب في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع
الميتة ولو كان الدين على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه
لان بيعها فيما بينهم جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس
حرام ولانه واجب الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان يحد شاربها
وان لم يسكر منها لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه
فان عاد فاجلدوه فان عادوا فاقتلوه الا ان حكم القتل انتسخ فبقي الجلد
مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة وتقديره ما ذكرناه في الحدود

والتاسع ان الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها
الا انه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد بالقليل في النيء خاصة لما
ذكرنا وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي وسنذكره
من بعد ان شاء الله تعالى هذا هو الكلام في الخمر واما العصير اذا طبخ حتى يذهب اقل
من ثلثيه فهو المطبوخ ادنى طبخة ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب
نصفه بالطبخ فكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد او اذا
اشتد على الاختلاف وقال الاوزاعي انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه
مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق ملذ مطرب ولهذا يجتمع عليه الفساق
فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو السكر وهو
النيء من ماء التمر اي الرطب فهو حرام مكروه وقال شريك بن عبد الله انه
مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به وهو بالمحرم
لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة ويدل عليه ما رويناه من قبل والاية محمولة على
الابتداء اذ كانت الاشربة مباحة كلها وقيل اراد به التوبيخ والله اعلم
معناه تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب
وهو النيء من ماء الزبيب فهو حرام اذا اشتد وغلا ويتاتى فيه خلاف الاوزاعي
وقد بينا المعنى من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا
يكفر مستحلها ويكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية

ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها خفيفة
في رواية وغليظة في رواية ونجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
دلالة قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها على
ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف انه
يجوز بيعه اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين قال
وفي الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به قالوا هذا
الجواب على هذا العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على ان ما يتخذ
من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة ولا يحد
شاربه عنده وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه لانه بمنزلة
النائم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وعن محمد انه حرام
ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه كما في سائر الاشربة المحرمة وقال
فيه ايضا وكان ابو يوسف يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد
ما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة
وقوله الاول مثل قول محمد ان كل مسكر حرام الا انه تفرد بهذا الشرط
ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض
ووجهه ان بقاءه في هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته

وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك مروي عن ابن عباس وابو حنيفة
يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما
يحرم السكر منه على ما نذكره وابو يوسف رجع الى قول ابي حنيفة فلم
يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط ايضا قال وفي المختصر ونبيذ التمر
والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال وان اشتد اذا شرب
منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكره من غير لهو وطرب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وعند محمد والشافعي حرام والكلام فيه كالكلام في المثلث العنبي
نذكره ان شاء الله قال ولا باس بالخليطين لما روي عن ابن زياد انه
قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت اهتدي الى اهلي فغدوت اليه
من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهذا
من الخليطين وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو
النيء منه وما روي ان النبي عم نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والرطب
والبسر محمول على حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال ونبيذ العسل
والتين ونبيذ الحنطة والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند
ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عم الخمر من هاتين
الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم
ثم قيل يشترط الطبخ فيه لاباحته وقيل لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان

قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد في المتخذ من الحبوب اذا سكر
منه قيل لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا الاصح انه يحد فانه روي عن
محمد فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل وهذا لان الفساق
يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك
المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من لبن الرماك
لا يحل عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح انه يحل
لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى
الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال وان
اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد ومالك والشافعي حرام
وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق
وعن محمد مثل قولهما وعنه انه كره ذلك وعنه انه توقف فيه لهم في اثبات الحرمة
قوله عم كل مسكر خمر وقوله عم ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى ما اسكر
الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما قليله
وكثيره كالخمر ولهما قوله حرمت الخمر لعينها ويروى بعينها قليلها وكثيرها
والسكر من كل شراب خص السكر بالتحريم في غير الخمر اذ العطف للمغايرة
ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عندنا وانما يحرم القليل منه
لانه يدعو لرقته ولطافته الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه لا يدعو

وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه
ثم هو محمول على القدح الاخير اذ هو المسكر حقيقة والذي يصب عليه الماء
بعد ما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرق ثم يطبخ طبخة يكون حكمه حكم المثلث لان
صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم يطبخ حتى يذهب
ثلثا الكل لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون الذاهب
ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم يعصر يكتفى بادنى طبخة في رواية عن
ابي حنيفة وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ وهو الاصح لان العصير
فيه قائم من غير تغير فصار كما بعد العصر ولو جمع في الطبخ بين العنب والتمر او
بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر ان كان يكتفى
فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد ان يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب
احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ
نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم انقع فيه تمر او زبيب ان كان ما انقع فيه
شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ
من مثله لم يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب
جهة الحرمة على الحل ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط وهو في الحد
درئه ولو طبخ الخمر او غيره بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة
قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم

والمزفت لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في
كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال ذلك بعد
ما اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينتبذ فيه بعد تطهيره فان كان
الوعاء عتيقا يغسل ثلاثا فيطهر وان كان جديدا لا يطهر عند محمد لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي
مسألة ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف يملأ ماء مرة بعد
اخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير يحكم بطهارته قال واذا تخللت الخمر
حلت سواء صارت خلا بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال
الشافعي يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل به ان كان التخليل بالقاء
شيء فيه قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيه ففي الخل الحاصل به له
قولان له ان في التخليل اقترابا من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب
ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل يزول الوصف المفسد
ويثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة و
التغذي به والاصلاح مباح وكذا الصالح للمصالح اعتبارا بالمتخلل بنفسه
وبالدباغ والاقتراب لاعدام الفساد فاشبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه
من احراز مال يصير حلالا في الثاني فيختاره من ابتلي به واذا صار
الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر

قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر تبعا لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل
فيتخلل من ساعته فيطهر وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا
يطهر في الحال على ما قالوا ويكره شرب دردي الخمر والامتشاط به لان
فيه اجزاء الخمر والانتفاع به حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحا
او دبرة دابة ولا ان يسقي ذميا ولا ان يسقي صبيا للتداوي
والوبال على من سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا يحمل
اليها الخمر اما اذا قيدت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو
القي الدردي في الخل لا باس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل
اليه لا عكسه لما قلنا قال ولا يحد شاربه اي شارب الدردي ان لم
يسكر وقال الشافعي يحد لانه شرب جزءا من الخمر ولنا ان قليله لا
يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان ناقصا فاشبه
غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه الثفل
فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر و
اقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب
وهو السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم
يسكر منه لانه اصابته الطبخ ويكره اكل خبز عجن بالخمر لقيام اجزاء
الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب

بغليانه بالنار وقذفه بالزبد يحل كان لم يكن ويعتبر ذهاب
ثلثي ما بقي ليحل الثلث الباقي بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ
فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي حتى يذهب ستة دوارق ويبقى
الثلاث فيحل لان الذي يذهب زبدا هو العصير او ما يمازجه وايا ما
كان يجعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلاثة واصل آخر ان
العصير اذا صب عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع
ذهابا لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب
فيه من الماء حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب الاول هو الماء والثاني
العصير فلا بد من ذهاب ثلثي العصير وان كانا يذهبان معا تغلى
الجملة حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه فيحل لان الذاهب الثلثان
ماء وعصيرا والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صب الماء
فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق
من عصير وعشرون دورقا من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى
يبقى تسع الجملة لانه ثلث ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب
ثلثا الجملة لما قلناه والغلي بدفعة ودفعات سواء اذا حصل
قبل ان يصير محرما ولو قطع عنه النار فغلى حتى ذهب الثلثان يحل
لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ فذهب بعضه ثم أهريق

بعضه

بعضه ثم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل فيه ان تأخذ ثلث
الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما
ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما يخرج بالقسمة فهو حلال بيانه
عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلاثة ارطال تأخذ ثلث
العصير كله وهو ثلاثة وثلث وتضربه فيما بقي بعد المنصب وهو ستة
فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ
منه قبل ان ينصب منه شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك
اثنان وتسعان فعرفت ان الحلال ما بقي منه رطلان وتسعا رطل وعلى
هذا تخريج المسائل ولها طريق آخر وفيما اكتفينا به كفاية وهداية الى
تخريج غيرها من المسائل

كتاب الصيد

قال الصيد الاصطياد ويطلق على ما يصاد والفعل مباح لغير المحرم
في غير الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد
البر ما دمتم حرما ولقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي اذا ارسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما امسك على نفسه
وان شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على
كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب وانتفاع
بما هو مخلوق لذلك وفيه استبقاء المكلف وتمكنه من اقامة التكليف

فكان مباحا عنده كالاحتطاب ثم جملة ما يحويه الكتاب فصلان
احدهما في الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال يجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد و
البازي وسائر الجوارح المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته
من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا باس بصيده ولا
خير فيما سوى ذلك الا ان يدرك ذكاته والاصل فيه قوله تعالى وما
علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب في تاويل والمكلبين
المسلطين فيتناول الكل بعمومه دل عليه ما روينا من حديث عدي
واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد وعن ابي يوسف انه استثنى
من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعملان لغيرهما اما الاسد لعلو همته
والذئب لخساسته والحق بهما بعضهم الحداة لخساسته والخنزير مستثنى
لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث به وبالارسال ولانه انما
يصير آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيترسل بارساله ويمسكه عليه قال
وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم البازي ان يرجع ويجيب
اذا دعوته وهو ماثور عن ابن عباس ولان بدن البازي لا يحتمل
الضرب وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعليم ترك

ما هو مالوفه عادة والبازي متوحش متنفر فكانت الاجابة آية
تعليمه اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان آية تعليمه ترك مالوفه
وهو الاكل والاستلاب ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو
رواية عن ابي حنيفة لان فيما دونه مزيد الاحتمال فلعله تركه مرة او مرتين
شبعا فاذا تركه ثلاثا دل على انه صار عادة له وهذا لان الثلث مدة ضربت
للاختبار وابلاء الاعذار كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار و
لان الكثير هو الذي يقع امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير و
ادناه الثلث فقدر بها وعند ابي حنيفة على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم
ما لم يغلب على ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف
اجتهادا بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى راي المبتلى به كما هو اصله في
جنسها وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا
يحل لانه انما يصير معلما بعد تمام الثلاث وقبل التعليم غير معلم فكان الثالث
صيد كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى له انه آية
تعليمه عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسئلة لان الاذن
اعلام فلا يتحقق دون علم العبد وذلك بعد المباشرة واذا ارسل
كلبه المعلم او بازيه وذكر اسم الله عليه عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه
فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي ولان الكلب والبازي آلة والذبح

لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فينزل منزلة
الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركه ناسيا حل أيضا
على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الذكاة الاضطراري وهو الجرح في أي موضع كان
من البدن بانتساب ما وجد من الآلة إليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله
وما علمتم من الجوارح ما يشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجراحة
في تأويل فيحمل على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي وفيه أخذ باليقين
وعن أبي يوسف أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول وجوابه ما قلنا قال
فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه البازي أكل والفرق ما بيناه
في دلالة التعليم وهو مؤيد بما رويناه من حديث عدي وهو حجة
على مالك وعلى الشافعي في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب منه ولو أنه
صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد لأنه
علامة الجهل ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات كما
بيناها في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل وأكل منها لا تظهر
الحرمة فيه لانعدام المحلية وما ليس بمحرز بأن كان في المفازة بعد تثبت
الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في بيته يحرم عنده خلافا لهما هما يقولان
إن الأكل ليس يدل على الجهل فيما تقدم لأن الحرفة قد تنسى ولأن فيما أحرزه

قد

قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينتقض باجتهاد مثله لأن المقصود حصل
بالأول بخلاف غير المحرز لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه صيدا
من وجه لعدم الإحراز فحرمناه احتياطا وله أنه آية جهله من الابتداء
لأن الحرفة لا ينسى أصلها فإذا أكل تبين أنه كان ترك الأكل للشبع لا للعلم
وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لأنه بالأكل فصار كتبدل اجتهاد
القاضي قبل القضاء ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لا يؤكل
صيده لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه وهذا من غاية
علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح ولو أخذ الصيد
من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا
فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره وكذا إذا وثب الكلب فأخذه منه وأكل
منه لأنه ما أكل من الصيد والشرط ترك الأكل من الصيد فصار كما إذا افترس
شاته بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لأنه بقيت فيه
جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد
فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد
ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه وأخذه صاحبه
ثم مر بتلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لأنه لو أكل من نفس الصيد في

هذه الحالة لم يفترس فإذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف
الوجه الأول لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولأن
نهس البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد
ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على الوجه الأول
وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على جهله قال وإن أدرك المرسل الصيد
حيا وجب عليه أن يذكيه وإن ترك تذكيته حتى مات لم يؤكل وكذا البازي
والسهم لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل إذ المقصود هو
الإباحة ولم يثبت قبل موته فبطل حكم البدل وهذا إذا تمكن من ذبحه
أما إذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة فوق ما يكون في
المذبوح لم يؤكل في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يحل وهو
قول الشافعي لأنه لم يقدر على الأصل فصار كما إذا رأى الماء ولم يقدر على
الاستعمال ووجه الظاهر أنه قدر اعتبارا لأنه ثبتت يده على المذبح وهو قائم
مقام التمكن من الذبح إذ لا يمكن اعتباره لأنه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والهداية في أمر الذبح فأدير
الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما إذا بقي من الحياة مثل ما يبقى في المذبوح
لأنه ميت حكما ألا يرى أنه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما إذا
وقع وهو ميت والميت ليس بمذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو

أي ليس بمحل للذبح لأن
ما بقي اضطراب المذبوح
لا الحيوة المعتبرة كذا

أنه إن لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وإن لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل
عندنا خلافا للشافعي لأنه إذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكاة الاضطرار
وهذا إذا كان يتوهم بقاؤه أما إذا شق بطنه وأخرج ما فيه ثم وقع في يد
صاحبه حل لأن ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما إذا وقعت شاة في الماء
بعد ما ذبحت وقيل هذا قولهما أما عند أبي حنيفة لا يؤكل أيضا لأنه وقع في
يده حيا فلا يحل إلا بذكاة الاختيار ردا إلى المتردية على ما نذكره إن شاء الله
ذكرناه إذا ترك التذكية فلو أنه ذكاه يحل عند أبي حنيفة وكذا المتردية و
النطيحة والموقوذة والذي بقر الذئب بطنه وفيه حياة خفية أو بينة
وعليه الفتوى لقوله تعالى إلا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير فصل وعند أبي يوسف
إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل لأنه لم يكن موته بالذبح وقال محمد إن كان
يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل وإلا فلا لأنه لا معتبر بهذه الحياة على ما
قررناه ولو أدركه ولم يأخذه فإن كان في وقت لو أخذه أمكنه ذبحه لم يؤكل
لأنه صار في حكم المقدور عليه وإن كان لا يمكنه ذبحه أكل لأن اليد لم تثبت
به والتمكن من الذبح لم يوجد وإن أدركه فذكاه حل لأنه إن كانت فيه
حياة مستقرة فالذكاة وقعت موقعها بالإجماع وإن لم تكن فيه حياة
مستقرة فعند أبي حنيفة ذكاته الذبح على ما ذكرنا وقد وجد وعندهما لا
يحتاج إلى الذبح وإذا أرسل كلبه على صيد وأخذ غيره حل وقال مالك لا يحل

لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال يختص بالمشار اليه لانه شرط غير مفيد
لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا يمكنه تعليمه
على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسل على صيد كثير وسمى مرة
واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية الواحدة لان الذبح يقع
بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل واحد فيكفيه تسمية
واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة لان الثانية يصير مذبوحا بفعل
غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى لو اضجع احديهما فوق الاخرى وذبحهما
بمرة واحدة تحلان بتسمية واحدة ومن ارسل فهدا فكمن حتى يستمكن ثم
اخذ الصيد فقتله يؤكل لان مكثه ذلك حيلة منه للصيد لا للاستراحة
فلا يقطع الارسال وكذا الكلب اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله
ثم اخذ آخر فقتله وقد ارسله صاحبه اكلا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو
بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم
عليه طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع
الارسال بمكثه اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف
ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه
وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا بعد الارسال وانما
مكث ساعة للتمكن لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا
للكبير

فقتله ولا يدرى ارسله انسان او لا لا يؤكل لوقوع الشك في
الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه قال وان خنقه الكلب ولم
يجرحه لم يؤكل لان الجرح شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا
يدل على انه لا يحل بالكسر وعن ابي حنيفة اذا كسر عضوا فقتله لا بأس باكله
لانه جراحة باطنة فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينتهض
سببا لانهار الدم ولا يحصل ذلك بالكسر فاشبه التخنيق قال وان
شاركه كلب غير معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا
لم يؤكل لما روينا في حديث عدي ولانه اجتمع المبيح والمحرم فيغلب جهة
الحرمة نصا او احتياطا ولو رده عليه الكلب الثاني ولم يجرحه معه ومات
بجرح الاول يكره لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف
ما اذا رده المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس من جنس
فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود المجانسة
ولو لم يرده الكلب الثاني على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على
الصيد فاخذه وقتله لا بأس باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل
دون الصيد حتى ازداد به طلبا فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا
يضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما
قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره مجوسي فانزجر بزجره فلا بأس بصيده

والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه وبالانزجار اظهار زيادة الطلب
ووجهه ان الفعل يرفع بما هو فوقه او مثله كما في نسخ الآي والزجر
دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي فزجره مسلم فانزجر
لم يؤكل لان الانزجار دون الارسال ولهذا لم يثبت به شبهة الحرمة فاولى
ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز ذكاته كالمرتد والمحرم وتارك
التسمية عامدا في هذا بمنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم
فانزجر فاخذ الصيد فلا بأس بأكله لان الزجر مثل الانفلات لانه ان
كان دونه من حيث انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف
فاستويا فصلح ناسخا قال ولو ارسل المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه
ثم ضربه ثانيا فقتله اكل وكذا لو ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل
لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا
ولو ارسل رجلان كل منهما كلبا فوقذه احدهما وقتله الآخر اكل لما بينا
والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيدية الا ان الارسال من الثاني
حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حالة الارسال فلم يحرم بخلاف
ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بجرح الكلب الاول

فصل في الرمي

ومن سمع حسا ظنه حس صيد فرماه او ارسل
كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حس صيد حل المصاب اي صيد كان

لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه خص من ذلك الخنزير لتغلظ التحريم
الا ترى انه لا يثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلدها وزفر خص منها
ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر ان اسم الاصطياد
لا يختص بالماكول فوقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه واباحة
التناول ترجع الى المحل فتثبت بقدر ما يقبله المحل لحما وجلدا وقد لا يثبت
اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا صار كانه رمى الى صيد فاصاب غيره وان
تبين انه حس آدمي او حيوان اهلي لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد
والطير الداجن الذي ياوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا
ولو رمى الى طائر فاصاب صيدا ومر الطائر ولا يدري وحشي هو او غير
وحشي حل الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا
ولا يدري ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستئناس ولو رمى
الى سمكة او جرادة فاصاب صيدا يحل في رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى
عنه انه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما ولو اصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا
فاذا هو صيد يحل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي اكل
ما اصاب اذا جرح السهم فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له فتشترط التسمية
عنده وجميع البدن محل لهذا النوع من الذكاة على ما بينا قال وان ادركه
حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيه في الفصل الاول فلا نعيده

قال وإذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى أصابه
ميتا أكل وإن قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي أن النبي عم كره
أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال
الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما
روينا إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد
عنه ولا ضرورة فيما إذا قعد عن طلبه لإمكان التحرز عن توار يكون بسبب
عمله والذي رويناه حجة على مالك في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل و
إذا بات ليلة لا يحل ولو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم
يمكن الاحتراز عنه فاعتبر محرما بخلاف وهم الهوام والجواب في إرسال
الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرناه قال وإذا رمى صيدا فوقع
في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض لم يؤكل لأنه المتردي وهو
حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك وكذا السقوط
من عال يؤيد ذلك قوله عم لعدي وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل
فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك فإن وقع على الأرض ابتداء أكل لأنه لا
يمكن الاحتراز عنه وفي اعتباره سد باب الاصطياد بخلاف ما تقدم لأنه
يمكن التحرز عنه فصار الأصل أن سبب الحرمة والحل إذا اجتمعا وأمكن التحرز
عما هو سبب الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا فإن كان مما لا يمكن التحرز

عنه جرى وجوده مجرى عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فمما يمكن التحرز
عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم على الأرض أو رماه وهو على جبل فتردى
من موضع إلى موضع حتى تردى إلى الأرض أو رماه فوقع على رمح منصوب
أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة لاحتمال أن حد هذه الأشياء قتله ومما لا
يمكن التحرز عنه إذا وقع على الأرض كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو
ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض
سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت
بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الأصل على غير حالة الانشقاق
وحمله شمس الأئمة على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق بطنه لذلك وحمل المروي
في الأصل على أنه لم يصبه من الآجرة إلا ما يصيبه من الأرض لو وقع عليها و
ذلك عفو وهذا أصح وإن كان الطير مائيا فإن كانت الجراحة لم تنغمس في
الماء أكل وإن انغمست لا يؤكل كما إذا وقع في الماء قال وما أصابه المعراض
بعرضه لم يؤكل لقوله عم فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه فلا تأكل
ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكاة على ما قدمناه قال ولا يؤكل
ما أصابته البندقة فمات بها لأنها تدق وتكسر ولا تجرح فصار كالمعراض
إذا لم يخزق وكذلك إن رماه بحجر وكذلك إن جرحه قالوا تأويله إذا كان
ثقيلا وبه حدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإن كان الحجر خفيفا وبه حدة يحل

لتعين الموت بالجرح ولو كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه حدة
فانه يحل لانه يقتله بجرحه ولو رمى بمروة حديدة ولم يبضع بضعا لا يحل
لانه قتله دقا وكذا ان رماه بها فابان راسه او قطع او داجه لان العروق
ينقطع بثقل الحجر كما ينقطع بالقطع فوقع الشك او لعله مات قبل قطع
الاوداج ولو رماه بعصا او بعود حتى قتله لا يحل لانه يقتله ثقلا
لا جرحا اللهم الا اذا كان له حد يبضع بضعا فحينئذ لا باس به لانه بمنزلة
السيف والرمح والاصل في هذه المسائل ان الموت اذا كان مضافا الى الجرح
بيقين كان الصيد حلالا واذا كان مضافا الى الثقل بيقين كان حراما
وان وقع الشك ولا يدرى مات بالجرح او بالثقل كان حراما احتياطا
ان رماه بسيف او سكين فاصابه بحده فجرحه حل وان اصابه بقفا
السكين او بمقبض السيف لا يحل لانه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء
ولو رماه فجرحه ومات بالجرح ان كان الجرح مدميا يحل بالاتفاق
وان لم يكن مدميا فكذلك عند بعض المتاخرين سواء كانت الجراحة كبيرة
او صغيرة لان الدم قد يحتبس بضيق المنفذ او غلظ الدم وعند بعضهم
يشترط الادماء لقوله عم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل شرط الانهار
وعند بعضهم ان كانت كبيرة يحل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا بد من
الادماء ولو ذبح شاة فلم يسل منه الدم قيل لا يحل وقيل يحل ووجه القولين
دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم ظلف الصيد او قرنه فان
ادماه حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا رمى صيدا
فقطع عضوا منه اكل الصيد لما بيناه ولا يؤكل العضو وقال الشافعي
اكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل المبان
والمبان منه كما اذا ابين الراس بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت
منه لانه ما ابين بالذكاة ولنا قوله عم ما ابين من الحي فهو ميت
ذكر الحي مطلقا فينصرف الى الحي حقيقة وحكما والعضو المبان بهذه الصفة
لان المبان منه حي حقيقة لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم
سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه
حياة بهذه الصفة يحرم وقوله ابين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع
ذكاة لبقاء الروح في الباقي وعند زواله لا يظهر في المبان لعدم الحيوة
ولا يتبعه لزوالها بالانفصال فصار هذا الحرف هو الاصل ان المبان
من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحي صورة لا حكما يحل وذلك
بان يبقى في المبان منه حياة بقدر ما يكون في المذبوح فانه حيوة صورة
لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى
من جبل او سطح لا يحرم فتخرج عليها المسائل فنقول اذا قطع يدا او
رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف الراس يحرم المبان

ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة في الباقي ولو قدّه بنصفين او قطعه
اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان والمبان
منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا الجرح
والحديث وان تناول السمك وما ابين منه فميتته حلال
بالحديث الذي رويناه ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج
ويكره هذا الصنيع لابلاغه النخاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل
قطع الاوداج لا يحل وان لم يمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا فقطع
يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال اذا مات حل
اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي معلقا بجلده حل
ما سواه لوجود الابانة معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي
والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبايح ولا بد
منها في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكوة اختيارا
فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يخرجه عن حيز الامتناع
فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو الآخذ وقد قال عم الصيد لمن اخذ
وان كان الاول اثخنه فرماه الثاني فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال
الموت بالثاني وهو ليس بذكاة للقدرة على ذكاة الاختيار بخلاف ما اذا
الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى بحال ينجو منه الصيد لانه حينئذ

يكون

يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما اذا كان الاول بحال لا يسلم منه الصيد
بان لا يبقى فيه من الحيوة الا بقدر ما يبقى في المذبوح كما اذا ابان راسه
يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني لان وجوده وعدمه بمنزلة وان
كان الرمي الاول بحال لا يعيش منه الصيد الا انه يبقى فيه من الحيوة اكثر مما
يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او اكثر اليوم فعلى قول ابي يوسف
لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحيوة لا عبرة بها عنده وعند محمد
يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبرة عنده على ما عرف من مذهبه
فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول بحال يسلم منه الصيد
سواء فلا يحل قال والثاني ضامن لقيمته للاول غير ما نقصته الجراحة
الاولى لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه بالرمي المثخن وهو منقوص
بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف قال رضي الله عنه تاويله
اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول بحال يجوز ان يسلم
الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون القتل كله مضافا
الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه
كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين او
لا يدرى فالثاني يضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه اما الاول

فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه أولا
وأما الثاني فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون ميتا نصفه
وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لأن الأولى
ما كانت بصنعه والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا وأما الثالث فلأن
بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمي الثاني فهذا
بالرمي الثاني أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر
لأنه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وإن كان رماه الأول ثانيا فالجواب
في حكم الإباحة كالجواب فيما إذا كان الرامي غيره وهو بصير كما إذا رمى صيدا
على قلة جبل فأثخنه ثم رماه ثانيا فأنزله لا يحل لأن الثاني محرم كما هذا
قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل لإطلاق ما تلونا والصيد
لا يختص بمأكول اللحم قال قائلهم صيد الملوك أرانب وثعالب وإذا ركبت
فصيدك الأبطال ولأن صيده سبب الانتفاع بجلده أو شعره أو ريشه
أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء بأي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن
استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان مقبوضة
ولما روي أن النبي عم اشترى من يهودي طعاما ورهن به درعه وقد انعقد
على ذلك الإجماع ولأنه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة

في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالإيجاب
والقبول ويتم بالقبض قالوا الركن الإيجاب بمجرده لأنه عقد تبرع
فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة والقبض شرط اللزوم على ما نبينه
إن شاء الله وقال مالك يلزم بنفس العقد لأنه يختص بالمال من
الجانبين فصار كالبيع ولأنه عقد وثيقة فأشبه الكفالة لنا
ما تلوناه والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الأمر ولأنه
عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئا ولهذا
لا يجبر عليه فلا بد من إمضائه كما في الوصية وذلك بالقبض ثم يكتفى فيه
بالتخلية في ظاهر الرواية لأنه قبض بحكم عقد مشروع فأشبه قبض المبيع
وعن أبي يوسف أنه لا يثبت في المنقول إلا بالنقل لأنه قبض موجب للضمان
ابتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشرى لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشتري
وليس بموجب ابتداء والأول أصح قال فإذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا
مميزا تم العقد فيه لوجود القبض بكماله فلزم العقد وما لم يقبضه فالراهن
بالخيار إن شاء سلم وإن شاء رجع عن الرهن لما ذكرنا أن اللزوم
بالقبض إذ المقصود لا يحصل قبله قال فإذا سلمه إليه فقبضه دخل
في ضمانه وقال الشافعي هو أمانة في يده ولا يسقط شيء من الدين بهلاكه
لقوله عم لا يغلق الرهن قاله ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه قال رحمه الله

ومعناه لا يصير مضمونا بالدين. ولأن الرهن وثيقة بالدين فبهلاكه لا
يسقط الدين اعتبارا بهلاك الصك. وهذا لأنه بعد الوثيقة يزداد معنى
الصيانة، والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد إذ الحق يصير بعرض
الهلاك، وهو ضد الصيانة. لنا قوله عليه السلام للمرتهن بعدما نفق فرس الرهن عنده
ذهب حقك، وقوله عليه السلام إذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا إذا اشتبهت
قيمة الرهن بعدما هلك. وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون
مع اختلافهم في كيفيته، والقول بالأمانة خرق له. والمراد بقوله عليه السلام لا يغلق
الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلي بأن يصير مملوكا له، كذا ذكره الكرخي عن
السلف. ولأن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء، وهو ملك اليد والحبس؛ لأن
الرهن ينبئ عن الحبس الدائم، قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة، وقال قائلهم
وفارقتك برهن لا فكاك له، والأحكام الشرعية تنعطف على الألفاظ على
وفق الإنباء. ولأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء، وهو أن يكون موصلا
إليه، وذلك ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن من الجحود مخافة جحود
المرتهن الرهن، وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع إلى قضاء الدين لحاجته
أو لضجره. وإذا كان كذلك يثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك،
فلو استوفاه ثانيا يؤدي إلى الربا، بخلاف حالة القيام لأنه ينتقض هذا الاستيفاء
بالرد على الراهن فلا يتكرر، ولا وجه إلى استيفاء الباقي بدونه لأنه لا يتصور

والاستيفاء يقع بالمالية، أما العين أمانة حتى كانت نفقة المرهون على
الراهن في حياته وكفنه بعد مماته، وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض
الشراء إذا اشتراه المرتهن؛ لأن العين أمانة فلا تنوب عن قبض الضمان.
وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء، وهذا يحقق الصيانة، وإن كان فراغ
الذمة من ضروراته كما في الحوالة. والحاصل أن عندنا حكم الرهن صيرورة
الرهن محتبسا بدينه بإثبات يد الاستيفاء عليه، وعنده تعلق الدين بالعين
استيفاء منه عينا بالبيع، فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل
المختلف فيها بيننا وبينه عددناها في كفاية المنتهى، جملة منها أن
الراهن ممنوع عن الاسترداد والانتفاع لأنه يفوت موجبه وهو الاحتباس
على الدوام، وعنده لا يمنع منه لأنه لا ينافي موجبه وهو تعينه للبيع، وسنبين
البواقي في أثناء الكلام. قال: ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون؛ لأن حكمه
ثبوت يد الاستيفاء، والاستيفاء يتلو الوجوب. قال رضي الله عنه: ويخرج على هذا
اللفظ الرهن بالأعيان المضمونة بأنفسها، فإنه يصح الرهن بها ولا دين.
ويمكن أن يقال إن الموجب الأصلي فيها هو القيمة، ورد العين مخلص على
ما عليه أكثر المشايخ، وهو دين، ولهذا تصح الكفالة به، وإن كان لا يجب
إلا بعد الهلاك لكنه عند الهلاك بالقبض السابق، ولهذا يعتبر قيمته يوم
القبض، فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة. ولهذا

لا يبطل الحوالة المقيدة به بهلاكه بخلاف الوديعة قال وهو مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين ومن قيمته فاذا هلك في يد المرتهن و قيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كانت اقل من الدين سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر الرهن مضمون بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف رجع الراهن على المرتهن بخمسمائة له حديث علي رض انه يترادان الفضل في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونة اعتبارا بقدر الدين ومذهبنا مروي عن عمر وابن مسعود ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حقيقة الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة في حق الضمان والمراد بالترادّ فيما روى حال البيع فانه روي عنه انه قال المرتهن امين في الفضل وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه و يحبسه به لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع به المطالبة والحبس جزاء الظلم فاذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه يؤمر

باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز ان يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يتكرر الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضر امر الراهن بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن اولا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل و مؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو طالب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لانه صار دينا بالبيع بامر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين ولو قبضه يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لانه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم

اذا قبض الثمن يؤمر باحضاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين وهذا
بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته
في ثلث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لان القيمة
خلف عن الرهن فلا بد من احضارها كلها كما لا بد من احضار كل عين الرهن
وما صارت قيمة بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا
افترقا ولو وضع الرهن على يد العدل وامر ان يودعه غيره ففعل
ثم جاء المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه
حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه في قدرته ولو وضع العدل في
يد من في عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول اودعني فلان
ولا ادري لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على
المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك اذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى
اين هو لما قلنا ولو ان الذي اودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي
لم يرجع المرتهن على الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد فقد توى
المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين فلا يملك المطالبة قال
وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين
لان حكمه الحبس الدائم الى ان يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله
ان يحبس كل الرهن حتى يستوفي البقية اعتبارا بحبس المبيع فاذا قضاه

الدين

الدين قيل له سلم الرهن اليه لانه زال المانع من التسليم بوصول الحق
الى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لانه صار مستوفيا
عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وكذا
لو تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه ولا يبطل الرهن الا
بالرد على الراهن على وجه الفسخ لانه يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين ولو
هلك في يده سقط الدين اذا كان به وفاء بالدين لبقاء الرهن وليس للمرتهن
ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك لانه
له حق الحبس دون الانتفاع وليس له ان يبيع الا بتسليط من الراهن
وليس له ان يؤاجر ويعير لانه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط
غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال
وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذي في عياله
قال رضي الله عنه معناه ان يكون الولد في عياله ايضا وهذا لان عينه امانة
في يده فصار كالوديعة وان حفظ بغير من في عياله او اودعه ضمن و
هل يضمن الثاني فهو على الخلاف وقد بيناه بجميع ذلك بدلائله في الوديعة واذا
تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب بجميع قيمته لان الزيادة
على مقدار الدين امانة والامانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله
في خنصره فهو ضامن لانه متعد بالاستعمال لانه غير ماذون فيه وانما الاذن

بالحفظ واليمنى واليسرى في ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله
في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب
الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه
لم يضمن ولو رهنه سيفين او ثلثة فتقلدها لم يضمن في الثلاثة وضمن
في السيفين لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين في الحرب
ولم تجر بتقلد الثلاثة وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان هو ممن يتجمل بلبس
خاتمين ضمن وان كان لا يتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن **قال** واجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة
الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو
على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم يكن لان العين باق على ملكه
وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته عليه لما انه مؤنة ملكه
كما في الوديعة وذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه واجرة الراعي في معناه
لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق واجرة ظئر ولد الرهن
وسقي البستان وتلقيح نخيله وجداده والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه
او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه فهو على المرتهن مثل اجر الحافظ لان
الامساك حق له والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت
الذي يحفظ فيه الرهن وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف ان كرا المأوى

على الراهن بمنزلة النفقة لانه يسعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل
الآبق فانه على المرتهن لانه يحتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له ليرده
فكان من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمته والدين سواء وان كانت
قيمته اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه امانة
في يده والرد لاعادة اليد ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها
فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها يجب على
المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق
الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل فانما يلزمه لاجل الضمان فيتقدر بقدره
المضمون ومداواة الجروح والقروح ومعالجة الامراض والفداء من
الجناية ينقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من مؤنة
الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل
الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه احدهما مما
وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب على الآخر بامر القاضي
رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي عامة وعن ابي حنيفة انه
لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بامر القاضي وقال ابو يوسف يرجع في
الوجهين وهو فرع مسئلة الحجر

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به

قال لا يجوز المشاع رهنه وقال الشافعي يجوز ولنا وجهان احدهما

رهن

يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور فيما يتناوله
العقد وهو المشاع وعنده المشاع يقبل ما هو الحكم عنده وهو تعيينه
للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا مقبوضا
بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه
وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا استحقاق الحبس ولو جوزناه
في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهاياة فصار كما اذا قال رهنتك
يوما ويوما لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها بخلاف الهبة
حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة لان المانع في الهبة غرامة القسمة وهو فيما
يقسم اما حكمها الملك والمشاع يقبله وهنا الملك ثبوت يد الاستيفاء
والمشاع لا يقبله وان كان لا يحتمل القسمة ولا يجوز من شريكه لانه
لا يقبل حكمه على الوجه الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما بحكم الملك ويوما
بحكم الرهن فيصير كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطاري يمنع بقاء
الرهن في رواية الاصل وعن ابي يوسف انه لا يمنع لان حكم البقاء اسهل
من حكم الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول ان الامتناع لعدم المحلية وما
يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالمحرمية في باب النكاح بخلاف الهبة
لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض في الابتداء لنفي الغرامة
على ما بيناه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع

في

في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن قال ولا رهن ثمرة على
روس النخيل دون النخيل ولا رهن الزرع دون الارض ولا رهن النخل
في الارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة فكان في معنى
الشائع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او النخل دون
الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل ان المرهون اذا كان
متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن
ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت
فيكون استثناء الاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون
البناء لان البناء اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة
بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لان هذه مجاورة وهي
وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن لانه تابع لاتصاله به
فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز
فلا ضرورة الى ادخاله من غير ذكر وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في
رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما وكذا يدخل الزرع والرطبة
في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في الثمر ويدخل البناء والغرس
في رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا ولو رهن الدار بما فيها جاز وكذا
لو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي رهنا

والفرق ان الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب واضافة
التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فلالتزام المطالبة
والتزام الافعال يصح مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا
يصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل
الوجوب فهلك عنده يهلك امانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا
بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو ان يقول رهنتك هذا لتقرضني
الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته
لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه مقبوض بجهة
الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على
سوم الشرى فيضمنه قال ويصح الرهن براس مال السلم وثمن الصرف
والمسلم فيه وقال زفر لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم
المجانسة وباب الاستبدال فيهما مسدود ولنا ان المجانسة ثابتة في المالية
فيتحقق الاستيفاء من حيث المال وهو المضمون على ما مر قال والرهن
بالمبيع باطل لما بينا انه غير مضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء
لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه فان هلك الرهن بثمن الصرف
وراس مال السلم في مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا
لتحقق القبض حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة

وحكما ولا يبطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا على الباقي ويمنع التسليم
كون الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون
ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل لانه شاغل لها
بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا اذا دفعها اليه لان الدابة
مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار او وعاء دون الدار والوعاء
بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج
واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة
بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن
بالامانات كالودائع والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض
في باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا
ويتحقق استيفاء الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع
في يد البائع لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البائع
شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة
بعينها وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب
وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان
متقرر فانه ان كان قائما يجب تسليمه وان كان هالكا يجب قيمته فكان رهنا
بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك جائزة

وهكذا وان هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا

للمسلم فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا

براس المال حتى يحبسه لانه بدله فصار كالمغصوب اذا هلك وبه رهن يكون رهنا

بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لانه رهن به

وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا

البيع له ان يحبسه لاخذ المبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن

لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه له ان يحبسه ليستوفي الثمن

ثم لو هلك المشترى في يد المشترى يهلك بقيمته قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر

والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء

من هؤلاء لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن بالكفالة

بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بخلاف ما

اذا كانت الجناية خطا لان استيفاء الارش من الرهن ممكن

ولا يجوز بالشفعة لان المبيع غير مضمون على المشترى ولا بالعبد الجاني

والعبد المديون لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء

ولا باجرة النائحة والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا تقابله

شيء مضمون ولا يجوز للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي

لتعذر الاستيفاء والايفاء في حق المسلم ثم الراهن اذا كان ذميا

فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها

للمسلم كما لا يضمنها بالغصب منه بخلاف ما اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها

مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز رهنه وارتهانه فيما

بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين ولو اشترى عبدا ورهن بثمنه او خلا او

شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة ميتة فالرهن مضمون

لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قتل عبدا ورهن بقيمته رهنا ثم ظهر

انه حر وهذا كله على ظاهر الرواية وكذا اذا صالح على انكار ورهن بما صالح

عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون وعن ابي يوسف خلافه

وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه

عبدا لابنه الصغير لانه يملك الايداع وهذا انظر في حق الصبي منه لان

قيام المرتهن بحفظه ابلغ خيفة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة

تهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب لما بيناه وعن ابي يوسف

وزفر انه لا يجوز ذلك منهما وهو القياس اعتبارا بحقيقة الايفاء ووجه الفرق

على ظاهر الرواية وهو الاستحسان ان في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير

عوض يقابله في الحال وفي هذا نصب حافظ لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح

الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا لدينه لو هلك في يده ويصير الاب

او الوصي موفيا له ويضمنه للصبي لانه قضى دينه بماله وكذلك لو سلطا المرتهن

على بيعه لانه توكيل بالبيع وهما يملكانه قالوا واصل هذه المسئلة البيع فان الاب
او الوصي اذا باع مال الصبي من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمنه للصبي
عندهما وعند ابي يوسف لا يقع المقاصة وكذلك التوكيل بالبيع والرهن نظير
البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او
من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز لان الاب لوفور شفقته
انزل منزلة شخصين واقيمت عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه
مال ابنه الصغير من نفسه فيتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه
او من هذين او رهن عينا له من اليتيم بحق لليتيم عليه لا يجوز لانه وكيل محض
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر
الشفقة فلا يعدل عن الحقيقة في حقه الحاقا له بالاب والرهن من ابنه الصغير
ومن عبده التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه
الكبير وابيه وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع
اذا باع من هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لان له حكما واحدا وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة
جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن
او رهن لان الاولى له التجارة تثميرا للمال فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه
ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات فليس للابن

ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه اذ تصرف الاب بمنزلة تصرفه
بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو كان الاب رهنه لنفسه فقضاه
الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه لحاجته الى احياء ملكه فاشبه
معير الرهن وكذا اذا هلك قبل ان يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه
بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين على نفسه وبدين على الصغير
جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك ضمن الاب حصته من ذلك
للولد لايفائه دينه من ماله بهذا المقدار وكذلك الوصي وكذلك الجد ابو الاب
اذا لم يكن الاب او وصي الاب ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه
عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه
خرج من الرهن وهلك من مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد
البلوغ لانه استعاره لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله
والمال دين على الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير
متعد في هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه
للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه
الوصي بعدما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن
لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال
في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل وان كانت قيمته مثل الدين

اداه الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل
ما وجب له على اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين
ادى قدر القيمة الى المرتهن وادى الزيادة من مال اليتيم لان
المضمون عليه قدر القيمة لا غير ولو كانت قيمته اكثر من الدين
ادى قدر الدين الى المرتهن والفضل لليتيم وان كان لم يحل
الدين فالقيمة رهن لانه ضامن للمرتهن بتفويت حقه المحترم
فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي فصلناه
فلو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه لحق
المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس بتعدي
وكذا الاخذ لانه له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب الاقرار اذا
اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شئ لانه لا يتصور غصبه
لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن ياخذه بدينه
ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد بل هو عامل له
وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين ياخذ دينه منه
ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال ويجوز رهن الدراهم و
الدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء منه فكان محلا
للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا

في

في الجودة لانه لا معتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة
لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما يضمن
القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير فان رهن
ابريق فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو بما فيه قال رضي الله عنه معناه
ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين بالاتفاق لان
الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة وهي مثل الدين
في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا فان كانت قيمته
اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور لهما انه لا وجه الى الاستيفاء
بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه يودي الى الربوا
فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل مكانه ثم يتملكه
له ان الجودة ساقطة العبرة في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها
واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء بالاجماع
ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من
مطالب ومطالب وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه وبتعذر التضمين
يتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد
فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف غير ان البناء لا يصح على ما هو المشهور
لان محمدا فيها مع ابي حنيفة وفي هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف

ليستوفي من عينها والزيادة لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك فيقبض
الرهن ليستوفي من محل آخر فلا بد من نقض القبض وقد أمكن عند محمد
بالتضمين ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل
وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من
الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفتكه مع النقصان
لما فيه من الضرر فخيرناه ان شاء افتكه بما فيه وان شاء ضمنه قيمته من
جنسه او خلاف جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان
وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين اعتبارا لحالة الانكسار
بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة الهلاك وفي
الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا الاستيفاء
عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة ثم تقع المقاصة
وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم جاهلي فكان التضمين بالقيمة
اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه ثمانية
يضمن قيمته جيدا من خلاف جنسه او رديا من جنسه ويكون رهنا عنده
وهذا بالاتفاق اما عندهما فظاهر وكذا عند محمد لانه يعتبر حالة الانكسار
بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه الثاني وهو ما اذا كانت قيمته
اكثر من وزنه اثنا عشر عند ابي حنيفة يضمن قيمته وتكون رهنا عنده لان

الرجيع بقيمته من خلاف جنسه

لان الواجب عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة

العبرة

العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة فان كان باعتبار الوزن كله
مضمونا يجعل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا لان الجودة تابعة
للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع امانة وعند ابي يوسف
يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون خمسة اسداس الابريق له بالضمان وسدسه
يفرز حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا
وعنده يعتبر الجودة والرداءة ويجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان
وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة في ذاتها حتى يعتبر عند المقابلة بخلاف
جنسها وعند تصرف المريض وان كان لا يعتبر عند المقابلة بجنسها سمعا فامكن
اعتبارها وفي بيان قول محمد نوع طول يعرف في موضع من المبسوط و
الزيادات مع جميع شعبها قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري
شيئا بعينه جاز استحسانا والقياس ان لا يجوز وعلى هذا القياس والاستحسان
اذا باع على ان يعطيه كفيلا معينا حاضرا في المجلس فقبل وجه القياس انه
صفقة في صفقة وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
لاحدهما ومثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان
الكفالة والرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا
في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا
لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة

لان المقصود بالكفالة والرهن التوثق بالثمن

والرهن بالحمالة فبقي الاعتبار لعينه فيتقيد ولو كان غائبا فحضر في المجلس
وقيل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه وقال زفر يجبر لان
الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة في الرهن
فيلزمه بلزومه ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب الراهن على ما بيناه
ولا جبر على التبرعات لكن البائع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ
البيع لانه وصف مرغوب فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يدفع المشتري
الثمن حالا لحصول المقصود او يدفع قيمة الرهن رهنا لان يد الاستيفاء
يثبت على المعنى وهو القيمة ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال للبائع امسك هذا
الثوب حتى اعطيك الثمن فالثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن
وهو الحبس الى وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة في ضده كفالة وقال زفر لا يكون
رهنا ومثله عن ابي يوسف لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع
والثاني اقلهما فيقضى بثبوته بخلاف ما اذا قال امسك بدينك او بمالك لانه
لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا لما مده الى الاعطاء علم ان
مراده الرهن

فصل

ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة
احدهما لم يكن له ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما
بحصته اذا قسم الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون

محبوسا بكل جزء من اجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين وصار كالمبيع
في يد البائع فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي رهنه به فكذلك
الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات له ان يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول
ان العقد متحد لا يتفرق بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى
الاتحاد لان احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن في
احدهما جاز قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما
عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن اضيف الى جميع العين
في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا
مما لا يقبل الوصف بالتجزي فصار محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف
الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند ابي حنيفة قال فان تهايآ فكل واحد منهما
في نوبته كالعدل في حق الآخر قال والمضمون على كل واحد منهما حصته لان
عند الهلاك يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى قال
فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر لان جميع العين رهن في
يد كل واحد منهما من غير تفرق وعلى هذا حبس المبيع اذا ادى احد المشتريين
حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز
والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان
قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة

على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت
ببينته انه رهن كل العبد ولا وجه الى القضاء لكل واحد منهما بالكل لان
العبد الواحد يستحيل ان يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لذلك في حالة واحدة
ولا الى القضاء بكل لواحد بعينه لعدم الاولوية ولا الى القضاء لكل واحد
منهما بالنصف لانه يؤدي الى الشيوع فتعذر العمل بهما فتعين التهاتر
ولا يقال انه رهن لهما كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما وجعل
في كتاب الشهادات وهذا وجه الاستحسان لانا نقول هذا عمل على خلاف قضية
الحجة لان كلا منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء
وبهذا القضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء وليس هذا
عملا على وفق الحجة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمدا اخذ به لقوته
واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو مات
الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان
في يد كل واحد منهما نصفه رهنا يبيعه بحقه استحسانا وهو قول ابي حنيفة ومحمد
وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف لان الحبس للاستيفاء حكم اصلي لعقد
الرهن فيكون القضاء به قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في
حالة الحيوة وجه الاستحسان ان العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في
حالة الحيوة الحبس والشيوع يضره وبعد الممات الاستيفاء بالبيع في الدين

والشيوع لا يضره وصار كما اذا ادعى الرجلان نكاح امراة او ادعيا
النكاح على رجل واقاموا البينة تهاترت في حالة الحيوة ويقضى بالميراث بينهم بعد
الممات لانه يقبل الانقسام

باب الرهن يوضع على يد العدل

قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك
لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه
عند الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ
اذ العين امانة وفي حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو
المال فنزل منزلة الشخصين تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل
على المالك عند الاستحقاق لانه نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن
ولا للراهن ان ياخذه منه لتعلق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلق
حق المرتهن به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك
في ضمان المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل
الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع المرتهن
في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبي واذا
ضمن العدل قيمة الرهن بعد ما دفع الى احدهما وقد استهلكه المدفوع اليه
او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا
وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان ياخذاها منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره

وان تعذر اجتماعهما يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك
ثم قضى الراهن الدين وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له
لوصول المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجمع البدل
والمبدل في ملك واحد وان كان ضمنها بالدفع الى المرتهن فالراهن ياخذ القيمة
منه لان العين لو كان قائما يأخذه اذا ادى الدين فكذلك يأخذ ما قام
مقامه ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل
او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله
وان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل
لانها لما شرطت في ضمن العقد صار وصفا من اوصافه وحقا من حقوقه
الا يرى انه لزيادة الوثيقة فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن
وفي العزل اتواء حقه وصار كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع
مطلقا حتى ملك البيع بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه
لازم باصله فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا ينعزل لانه
لم يوكله وانما وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته
ولانه لو بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم قال وللوكيل
ان يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حياته بغير محضر منه وان
مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا بموت احدهما

فبقى

فبقى بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم
وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجري فيها الارث ولان الموكل
رضي برايه لا براي غيره وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك بيعه لان
الوكالة لازمة فيملكه الوصي كالمضارب اذا مات بعد ما صار راس المال
اعيانا يملك وصي المضارب بيعها لما انه لازم بعد ما صار اعيانا قلنا
التوكيل حق لازم لكن عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب
وليس للمرتهن ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس
للراهن ان يبيعه الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن
فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي
في يده الرهن ان يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين
في لزومه وكذلك الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم
اجبر على الخصومة للوجه الثاني ان فيه اتواء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل
يبيع بنفسه فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك
بيعه فلو لم يكن التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر
اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وعن
ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم

مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا
توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع
المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه
من حيث المالية وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق
فبقي عقد الرهن وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما

قال وان باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه
العدل كان بالخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن
الثمن وليس له ان يضمنه غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق
اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن
الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان شاء ضمن العدل لانه متعد في حقه
بالبيع والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه
باداء الضمان فتبين انه امر ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع نفذ البيع
ايضا لانه ملكه باداء الضمان فتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل
فالعدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل
له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع
المرتهن عليه بشيء من دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه
اخذ الثمن بغير حق لانه ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار

الثمن له وانما اداه اليه على حسبان انه ملك الراهن فاذا تبين انه
ملكه لم يكن راضيا به فله ان يرجع به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء
فيرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري
فللمستحق ان ياخذه من يده لانه وجد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع
على العدل بالثمن لانه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من
حقوقه حيث وجب بالبيع وانما اداه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم
العدل بالخيار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه هو الذي ادخله
في العهدة فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض المرتهن لان المقبوض
سلم له وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد بطل الثمن
وقد قبضه ثمنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه وانتقض قبضه
عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان المشتري سلم الثمن
الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه
اذا قبضه ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل ولو كان التوكيل بعد
عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على
الراهن نقد الثمن المرتهن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن
فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع الثمن
الى من امره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع به على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة

في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه قال رضي الله عنه هكذا ذكره
الكرخي وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع قال وان مات العبد
المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان
شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض
فان ضمن الراهن فقد مات بالدين لانه ملكه باداء الضمان فصح الايفاء
وان ضمن المرتهن يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما
بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه
فيعود حقه كما كان فان قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع
المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين انه
رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا
طعن ابي خازم القاضي والجواب عنه انه يرجع عليه بسبب الغرور والغرور
بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن اليه كانه وكيل عنه والملك
بذلك متأخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول لان المستحق يضمنه
باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين انه رهن
ملك نفسه وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى

باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف لتعلق حق الغير به

وهو المرتهن فيتوقف على اجازته وان كان الراهن يتصرف في
ملكه كمن اوصى بجميع ماله يتوقف على اجازة الورثة فيما زاد على الثلث
لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز لان التوقف لحقه وقد رضي
بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا لانه زال المانع من
النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من الاهل في
المحل واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح
لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل فصار كالعبد المديون
اذا بيع برضى الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون
السقوط راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في
رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري لان الحق الثابت
للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك له ان يجيز وله ان يفسخ وفي اصح
الروايتين لا ينفسخ بفسخه لانه لو ثبت حق الفسخ له انما يثبت
ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد
فبقي موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز
على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي ان يفسخ البيع
لفوات القدرة على التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار
كما اذا ابق العبد المشتري قبل القبض فانه يتخير المشتري لما ذكرنا كذا هذا

ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل ان يجيزه
المرتهن فالثاني موقوف ايضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف
لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع
الراهن ثم آجر او رهن او وهب من غيره فاجاز المرتهن هذه العقود
جاز البيع الاول والفرق ان المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه
يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به اما لا حق له في هذه
العقود لانه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الاجارة بدل المنفعة
لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت اجازته
اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الاول فوضح الفرق قال
فان اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض اقوال الشافعي
لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا لان في تنفيذه ابطال حق المرتهن
فاشبه البيع بخلاف ما اذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لانه
لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى
مدتها اذ الحر يقبلها اما الحر لا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا انه مخاطب
اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن المرتهن كما اذا اعتق
العبد المشتري قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب ولا خفاء في
قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبئ عن زواله

ثم اذا زال ملكه في الرقبة باعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه
كاعتاق العبد المشترك بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من ملك اليد فلما
لم يمنع الاعلى لا يمنع الادنى بطريق الاولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة
لانعدام القدرة على التسليم واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا
يلغو بل يؤخر الى اداء السعاية عند ابي حنيفة واذا نفذ الاعتاق بطل الرهن
لفوات المحل ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حال طولب
باداء الدين لانه لو طولب باداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا
فائدة فيه وان كان الدين مؤجلا اخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه
حتى يحل الدين لان سبب الضمان متحقق وفي التضمين فائدة واذا حل الدين
اقتضاه بحقه اذا كان من جنس حقه ورد الفضل وان كان معسرا سعى العبد
في قيمته وقضى به الدين الا اذا كان بخلاف جنس حقه لانه لما تعذر الوصول الى حقه
من جهة المعتق يرجع الى من ينتفع بعتقه وهو العبد لان الخراج بالضمان
قال رضي الله عنه وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اما اذا كان الدين اقل فنذكره
ان شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم
الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الاعتاق لانه يؤدي ضمانا عليه
لانه انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان
على غيره بعد تمام اعتاقه فصار كمعير الرهن ثم ابو حنيفة اوجب السعاية

على التفصيل الذي ذكرناه في العتاق وان كان معسرا استسعى المرهون
المدبر وام الولد في جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث
يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حقه والمحتبس عنده
ليس الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه
الزيادة ولا يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اداياه
من مال المولى والمعتق يرجع لانه ادى ملكه وهو مضطر على ما مر وقيل
الدين اذا كان مؤجلا يسعى المدبر في قيمته لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه
فيتقدر بقدر المعوض بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين ولو اعتق
الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة
لان كسبه بعد العتق ملكه وما اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه
اداه من مال المولى قال وكذلك لو استهلك الراهن الرهن لانه حق محترم
مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن في يد المرتهن لقيامه مقام العين
فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة وتكون
رهنا في يده لانه احق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد
ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان
كانت قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم الرهن الفا غرم
خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة فصار الحكم

في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط
الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك وانه ادنى من حقيقته الثابت
للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة اظهارا للتفاوت بينهما
بخلاف المشتري قبل القبض اذا اعتقه المشتري حيث لا يسعى للبائع الا في
رواية عن ابي يوسف والمرهون يسعى لان حق البائع في الحبس اضعف لان
البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفى من جهته وكذلك يبطل حقه في الحبس
بالاعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة
من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو اوجبنا السعاية فيهما لسوينا
بين الحقين وذلك لا يجوز قال ولو اقر المولى برهن عبده بان قال له
رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر هو
يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول اقر بتعلق حق الغير به في حال يملك
التعليق فيه لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية
قال ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق اما عندنا فظاهر وكذا عنده
لان التدبير لا يمنع البيع على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن
صح الاستيلاد بالاتفاق لانه يصح بادنى الحقين وهو حق الاب في
جارية الابن فيصح بالاعلى فاذا صحا خرجا من الرهن لبطلان المحلية
اذ لا يصح استيفاء الدين منهما فان كان الراهن موسرا ضمن قيمتهما

في الحصة الزائدة كأنها هلكت بآفة. والمعتبر في ضمان الرهن
القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لأن القبض السابق مضمون
عليه لأنه قبض استيفاء إلا أنه يتقرر عند الهلاك. ولو استهلكه
المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة لأنه أتلف ملك الغير وكانت
رهنا في يده حتى يحل الدين لأن الضمان بدل العين فأخذ
حكمه. وإذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن
منها قدر حقه لأنه جنس حقه ثم إن كان فيه فضل يرده
على الراهن لأنه بدل ملكه وقد فرغ عن حق المرتهن. وإن نقص
عن الدين بتراجع السعر إلى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن
ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لأن
ما انتقص كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم القبض
فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه
الباقي بالإتلاف وهو قيمته يوم أتلف. قال وإذا أعار المرتهن
الرهن للراهن ليخدمه أو ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان
المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد الرهن فإن هلك في يد
الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن أن
يسترجعه إلى يده لأن عقد الرهن باق إلا في حكم الضمان في الحال

ألا ترى أنه لو هلك الراهن قبل أن يرده على المرتهن كان المرتهن
أحق به من سائر الغرماء. وهذا لأن يد العارية ليست بلازمة
والضمان ليس من لوازم الرهن على كل حال ألا ترى أن حكم الرهن
ثابت في ولد الرهن وإن لم يكن مضمونا بالهلاك. وإذا بقي عقد الرهن
فإذا أخذه عاد الضمان لأنه عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته
وكذلك لو أعاره أحدهما أجنبيا بإذن الآخر سقط حكم الضمان
لما قلنا ولكل منهما أن يرده رهنا كما كان لأن لكل واحد
حقا محترما فيه. وهذا بخلاف الإجارة والبيع والهبة من الأجنبي
إذا باشرها أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود
إلا بعقد مبتدأ. ولو مات الراهن قبل أن يرده إلى المرتهن يكون
المرتهن أسوة للغرماء لأنه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات
فبطل به حكم الرهن أما بالعارية لم يتعلق حق لازم فافترقا. وإذا
استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل أن يأخذ
في العمل هلك على ضمان الرهن لبقاء يد الرهن. وكذا إذا هلك بعد الفراغ
من العمل لارتفاع يد العارية. ولو هلك في حالة العمل هلك بغير ضمان لثبوت
يد العارية بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان. وكذا
إذا أذن الراهن المرتهن بالاستعمال لما بيناه. ومن استعار

من عنده ثوبا ليرهنه فما رهنه به من قليل وكثير فهو جائز لانه
متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد
وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا
كالرهن كما ينفصل زوالا في حق البائع والاطلاق واجب الاعتبار
خصوصا في الاعارة لان الجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة ولو عين
قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان
التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما يتيسر
اداؤه وينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يصير مستوفيا للاكثر
بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه وكذا التقييد بالجنس وبالمرتهن
والبلدان كل ذلك مفيد لتيسر البعض بالاضافة الى البعض وتفاوت
الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم ان شاء
المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه
ملكه باداء الضمان فتبين انه رهن ملك نفسه وان شاء ضمن
المرتهن ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه
في الاستحقاق وان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به ان كانت
قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن يبطل المال عن الراهن لتمام
الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على الراهن لانه صار

فاما

قاضيا دينه بماله بهذا القدر وهو الموجب للرجوع دون القبض
بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه
ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه وان كانت قيمته
اقل من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن
لانه لم يقع الاستيفاء بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب
ما صار به موفيا لما بينا ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير
ان يفتكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضى دينه ان يمتنع
لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على الراهن بما ادى
فاجبر المرتهن على الدفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه متبرع اذ هو
لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب ان لا يقبله
ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعد ما افتكه
فلا ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو
اختلفا في ذلك فالقول للراهن لانه ينكر الايفاء بدعواه الهلاك
في هاتين الحالتين ولو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به فالقول
للمعير لان القول قوله في انكار اصله فكذا في انكار وصفه ولو رهنه
المستعير بدين موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن
قبل الاقراض والمسمى والقيمة سواء يضمن قدر الموعود المسمى لما بينا

انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة ماليته
للراهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو كانت
العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملكه في رقبته ثم المرتهن بالخيار
ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير
قيمته لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق وتكون
رهنا عنده الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة
كاسترداد العين ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه فاستخدم العبد او
ركب الدابة قبل ان يرهنهما ثم رهنهما بمال مثل قيمتهما ثم قضى المال فلم
يقبضهما حتى هلكا عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه برئ من الضمان
حين رهنهما فانه كان امينا خالف ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا
افتك الرهن ثم ركب الدابة او استخدم العبد فلم يعطب ثم عطب بعد
ذلك بغير صنعه لا يضمن لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة
المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك وقد عاد الى الوفاق فيبرا
عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فلا بد من
الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن يحصل مقصود الامر
وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء قال وجناية الراهن
على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال

بجعل

يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كتعلق حق الورثة بمال المريض
مرض الموت يمنع نفاذ تبرعه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته
اذا اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال وجناية
المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان
على صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن
فيضمنه لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن وعلى المرتهن وعلى مالهما
هدر وهذا عند ابي حنيفة وقالا جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية
على النفس ما يوجب المال اما الوفاقية فلانها جناية المملوك على المالك
الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه
لان الملك عند اداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن
عليه فكانت جناية على غير المالك فاعتبرت ولهما في الخلافية ان الجناية
حصلت على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية
فتعتبر ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية
الى المرتهن وان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان
هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت
في ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته
على مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه

لا فائدة في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة فان كانت القيمة اكثر
من الدين فعن ابي حنيفة انه يعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا يعتبر لان حكم
الرهن وهو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية
الرهن على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة
فصار كالجناية على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى
اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم
حل الاجل فان المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن
بشيء واصله ان النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا
لزفر هو يقول ان المالية قد انتقصت فاشبه انتقاص العين ولنا ان
نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع
حتى لا يثبت به الخيار ولا في الغصب حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين
لان بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء فيه اذ اليد يد الاستيفاء واذا
لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي مرهونا بكل الدين فاذا قتله
حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف في ضمان الاتلاف لان
الجابر بقدر الفائت واخذه المرتهن لانه بدل المالية في حق المستحق وان
كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية

وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشيء
لان يد الرهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت في
الابتداء الفا فيصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان يجعل
مستوفيا الالف بمائة لانه يؤدي الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقي تسعمائة
في العين فاذا هلك يصير مستوفيا تسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من
غير قتل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربا قال
واذا كان امر الراهن يبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فرجع
بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه
بنفسه ولو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذلك
هذا قال وان قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه افتكه بجميع الدين وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان
شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر يصير رهنا بمائة له ان يد الرهن
يد استيفاء وقد تقررت بالهلاك الا انه اخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره
ولاصحابنا على زفر ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول
قائما وانتقص السعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا فكذلك اذا
قام المدفوع مكانه ولمحمد في الخيار ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيتخير
الراهن كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب

بخلاف المشتري والمغصوب منه لان هذا لهما لان التغير لم يظهر في نفس العبد
لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرناه مع زفر وعين الرهن امانة
عندنا فلا يجوز تملكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي
وانه منسوخ بخلاف البيع لان الخيار فيه حكم الفسخ وهو مشروع وبخلاف
الغصب لان تملكه باداء الضمان مشروع فلو كان العبد تراجع سعره حتى
صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على هذا الخلاف واذا
قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن وليس له ان يدفع لانه
لا يملك التمليك ولو فدى طهر المحل فبقي الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء
من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن
ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية لان الملك في الرقبة له وانما
الى المرتهن الفداء لقيامه مقامه فاذا امتنع عن الفداء يطالب الراهن بحكم
الجناية ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط
الدين لانه استحق لمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى
لان العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ولد
الرهن اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او
الفداء في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم
يسقط شيء من الدين كما لو هلك ولو فدى فهو رهن مع امه على حالهما ولو استهلك

العبد

العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين
الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في حالة الفداء وان ابى قيل
للراهن بعه في الدين الا ان يختار ان يؤدي عنه فان ادى عنه
بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد
فيه ياخذ صاحب الدين دينه لان دين العبد مقدم على دين
المرتهن وحق ولي الجناية لتقدمه على حق المولى فان فضل شيء
ودين غريم العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن
وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن
فاشبه الهلاك وان كان دين العبد اقل سقط من دين المرتهن
بقدر دين العبد وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان
ثم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس حقه وان
كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم
اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في دين
الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتاخر الى ما بعد
العتق ثم اذا ادى بعده لا يرجع على احد ~~بعتق العبد~~ لانه وجب
عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد
جنى العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف امانة

والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن
فان اجمعا على الدفع دفعا وبطل دين المرتهن والدفع
لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بيناه وانما منه الرضا به
وان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي راهنا كان او
مرتهنا اما المرتهن فلانه ليس في الفداء ابطال حق الراهن
وفي الدفع الذي يختاره الراهن ابطال حق المرتهن وكذا في
جنايته ولذا الرهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك وان كان
المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس
بدينه وله في الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن فكان
له ان يفدي واما الراهن فلانه ليس للمرتهن ولاية الدفع
لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا في
حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان لا يختاره
فيخاطب الراهن فلما التزمه والحال هذه كان متطوعا
وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رض انه لا يرجع مع الحضور وسنبين
القولين ان شاء الله تعالى ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفداء من دينه
لان سقوط الدين امر لازم فدى او دفع فلم يجعل الراهن في

الفداء

الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل
الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدر نصف الفداء وكان
العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف كان عليه فاذا اداه الراهن
وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه
او في نصفه فبقي العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن فدى والراهن
حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا في قول ابي ح
وقال ابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد وزفر رحمهم الله المرتهن متطوع في
الوجهين جميعا لانه فدى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله
انه اذا كان الراهن حاضرا امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن
فقد تبرع كالاجنبي فاما اذا كان الراهن غائبا تعذر مخاطبته
والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح
الامانة فلا يكون متبرعا قال واذا مات الراهن باع وصيه الرهن
وقضى الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه
كان له تولية البيع باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم
يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره ببيعه لان القاضي نصب
ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم والنظر
في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره

وإن كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لأنه آثر بعض الغرماء بالإيفاء الحكمي فأشبه الإيثار بالإيفاء الحقيقي فإن قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم إليهم وإن لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالإيفاء الحقيقي وبيع في دينه لأنه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده وإذا ارتهن الوصي بدين للميت على رجل جاز لأنه استيفاء وهو يملكه قال رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا إن شاء الله تعالى

فصل ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لأن ما يكون محلا للبيع يكون محلا للرهن إذ المحلية بالمالية فيهما والخمر وإن لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له بقاء حتى إن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد إلا أنه يتخير في البيع لتغير وصف المبيع بمنزلة ما إذا تعيب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لأن الرهن يتقرر بالهلاك فإذا حيي بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها

حيث لا يعود البيع لأن البيع ينتقض بالهلاك قبل القبض والمنتقض لا يعود أما الرهن يتقرر على ما بيناه ومن مشايخنا من يمنع مسألة البيع ويقول يعود البيع قال ونماء الرهن للراهن وهو مثل الولد والثمر واللبن والصوف لأنه متولد من ملكه ويكون رهنا مع الأصل لأنه تبع له والرهن حق لازم فيسري إليه فإن هلك هلك بغير شيء لأن الأتباع لا قسط لها مما يقابل بالأصل لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودا إذ اللفظ لا يتناولها وإن هلك الأصل وبقي النماء افتكه الراهن بحصته يقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك لأن الرهن يصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالفكاك إذا بقي إلى وقته والتبع يقابله شيء إذا صار مقصودا كولد المبيع فما أصاب الأصل يسقط من الدين لأنه يقابله الأصل مقصودا وما أصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا وصور المسائل على هذا الأصل تخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى وتمامه في الجامع والزيادات ولو رهن شاة بعشرة وقيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه في شيء من ذلك أما الإباحة فيصح تعليقها

بالشرط والخطر لانها اطلاق وليس بتمليك فيصح مع الخطر ولا يسقط
شئ من الدين لانه اتلفه باذن المالك فان لم يفتك الشاة حتى
ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة
الشاة فما اصاب من الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه
المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على ملك الراهن بفعل المرتهن
والفعل حصل بتسليط من قبله فصار كان الراهن اخذه
واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حصته من الدين فيبقى
بحصته وكذلك ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك
جميع النماء الذي يحدث على هذا القياس قال ويجوز الزيادة
في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد ولا يصير الرهن
رهنا به وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا وقال زفر
والشافعي لا يجوز فيهما والخلاف معهما في الرهن وفي الثمن والمثمن
والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع ولابي يوسف
في الخلافية الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن
كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة
في الدين يوجب الشيوع في الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة

في الرهن يوجب الشيوع في الدين وهو
غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن
عبدا بخمسمائة من الدين جاز وهذا شيوع في
الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في
طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا معقود به
بل وجوبه سابق على الرهن وكذا يبقى بعد انفساخه
والالتحاق باصل العقد في بدلي العقد بخلاف البيع
لان الثمن بدل يجب بالعقد ثم اذا صحت الزيادة
في الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية يقسم الدين على
قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة
الاول يوم القبض الف والدين الف يقسم الدين
اثلاثا في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين

اعتبارا بقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان
الضمان في كل واحد منهما يثبت بالقبض
فتعتبر قيمة كل واحد منهما وقت القبض واذا ولدت
المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة
كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة
يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله
زيادة مع الولد دون الام ولو كانت الزيادة
مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى
قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم
عليها وعلى ولدها لان الزيادة دخلت
على الام قال فان رهن عبدا
يساوي الفا بالف ثم اعطاه عبدا آخر
قيمته الف رهنا مكان الاول

فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله
مكان الاول لان الاول انما دخل
في ضمانه بالقبض والدين وهما باقيان
فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض
ما دام الدين باقيا واذا بقي الاول
في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما
رضيا بدخول احدهما فيه لا بدخولهما
فاذا رد الاول دخل الثاني في
ضمانه ثم قيل يشترط تجديد
القبض لان يد المرتهن على
الثاني يد امانة ويد الرهن يد
استيفاء وضمان فلا ينوب عنه

كمن له على آخر جياد فاستوفى
زيوفا ظنها جيادا ثم علم
بالزيافة فطالبه بالجياد واخذها
فان الجياد امانة في يده
ما لم يرد الزيوف ويجدد
القبض. وقيل لا يشترط لان
الرهن تبرع كالهبة
على ما بيناه من قبل
وقبض الامانة ينوب
عن قبض الهبة. ولان
الرهن عينه امانة
والقبض يرد على العين

فينوب

فينوب قبض الامانة عن قبض العين. ولو ابرا المرتهن الراهن
عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن يهلك بغير شيء
استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند
توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء او الهبة
ولا جهته لسقوطه الا اذا احدث منعا لانه يصير به غاصبا
اذ لم يبق له ولاية المنع. وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق
فابرأته او وهبته او ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول
او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شيء
في هذا كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء. ولو استوفى
المرتهن الدين بايفاء الراهن او بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في
يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه
وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء. ووجه الفرق ان بالابراء
يسقط الدين اصلا كما ذكرناه وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب
الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم الفائدة لانه يعقب مطالبة مثله
فاما هو في نفسه فهو قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول
فانتقض الاستيفاء الثاني. وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه
على عين لانه استيفاء. وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره

ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك بالدين لانه في معنى البراءة

بطريق الاداء لانه يؤديه عن ملكه مثل ما كان له على المحتال عليه

او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل

وكذا اذا تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب

الدين بالتصادق على قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجرى

مجرى الخطأ والقتل بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام

فالعمد ما تعمد ضربه بالسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد

من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار لان

العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة

القاتلة فكان متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك المأثم لقوله تعالى

ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها وقد نطق به

غير واحد من السنة وعليه انعقد الاجماع والقود لقوله تعالى

كتب عليكم القصاص في القتلى الاية الا انه تقيد بوصف العمدية

لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه ولان الجناية بها تتكامل وحكمة

الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك

الا ان يعفو الاولياء او يصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب عينا

وليس للولي اخذ الدية الا برضى القاتل وهو احد قولي الشافعي الا

ان له حق العدول الى المال من غير مرضاة القاتل لانه تعين

مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما

لا بعينه ويتعين باختياره لان حق العبد شرع جابرا وفي كل

واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب وروينا من السنة

ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص يصلح للتماثل وفيه

مصلحة الاحياء زجرا وجبرا فيتعين وفي الخطأ وجوب المال ضرورة

صون الدم عن الاهدار ولا يتيقن بعدم قصد الولي بعد اخذ المال

فلا يتعين مدفعا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي تجب

الكفارة لان الحاجة الى التكفير في العمد اشد منها اليه في الخطأ فكان

ادعى الى ايجابها ولنا انه كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة

فلا تناط بمثلها ولان الكفارة من المقادير وتعينها في الشرع لدفع

الادنى لا يعينها لدفع الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام

لا ميراث لقاتل وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح

ولا اجري مجرى السلاح وقالا وهو قول الشافعي اذا ضربه بحجر عظيم او

بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا



لانه يتقاصر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا يقتل بها غالبا
لما انه يقصد به غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا يتقاصر
باستعمال آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف فكان
عمدا موجبا للقود وله قوله عم الا ان قتيل خطأ العمد قتيل
السوط والعصا وفيه مائة من الابل ولان الآلة غير موضوعة
للقتل ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود
قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية نظرا الى الآلة
فكان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قال وموجب
ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب و
الكفارة لشبهه بالخطأ والدية المغلظة على العاقلة والاصل ان
كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهي على العاقلة
اعتبارا بالخطأ وتجب في ثلاث سنين لقضية عمر رض وتجب مغلظة
وسنبين صفة التغليظ من بعد ان شاء الله تعالى ويتعلق به حرمان
الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص دون
حرمان الميراث ومالك رح وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة
عليه ما اسلفناه قال والخطأ على نوعين خطأ في القصد وهو
ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا

فاذا

فاذا هو مسلم وخطأ في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا
وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة لقوله تعالى فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على العاقلة في ثلاث
سنين لما بينا ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل فاما
في نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة
في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا المعنى
ويحرم عن الميراث لان فيه اثما فيصح تعلق الحرمان به بخلاف
ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده فاخطأ فاصاب موضعا
آخر فمات يجب القصاص لانه قد قصد القتل بالقصد الى بعض
بدنه اذ جميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري مجرى الخطأ
مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطأ في الشرع واما
القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه
اذا تلف فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو
متعد فيه فانزل موقعا دافعا فوجبت الدية ولا كفارة
فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي يلحق بالخطأ
في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولنا ان القتل منه معدوم
حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل وهو

ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لا يأثم بالموت على ما قالوا وهذه
كفارة ذنب القتل وكذا الحرمان بسببه وما يكون شبه عمد في
النفس فهو عمد فيما سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة
وما دونها لا يختص اتلافه بآلة دون آلة

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

قال القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا
قتل عمدا اما العمدية فلما بيناها واما حقن الدم على التأبيد
لتنتفي شبهة الاباحة وتتحقق المساواة قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد للعمومات وقال الشافعي لا يقتل الحر بالعبد لقوله
تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا
يقتل الحر بالعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية
بين المالك والمملوك ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف
العبد بالعبد لانهما يتساويان وبخلاف العبد يقتل بالحر
لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد المساواة
في العصمة وهي بالدين او بالدار ويستويان فيهما وجريان
القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص
تخصيص بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا

للشافعي

للشافعي له قوله عم لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما
وقت الجناية وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان
النبي عم قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا
الى التكليف او الدار والمبيح كفر المحارب دون المسالم والقتل
بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة والمراد بما روي الحربي لسياقه
ولا ذو عهد في عهده والعطف للمغايرة قال ولا يقتل المسلم
بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التأبيد وكذا كفره باعث
على الحراب لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن لما بينا
ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى
والزمن وبناقص الاطراف وبالمجنون للعمومات ولان في
اعتبار التفاوت فيما وراء العصمة امتناع القصاص وظهور
التقاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل بابنه لقوله عم لا يقاد
الوالد بولده وهو باطلاقه حجة على مالك في قوله يقاد اذا ذبحه
ذبحا ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه
ولهذا لا يجوز له قتله وان وجده في صف الاعداء مقاتلا او زانيا
وهو محصن والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه

اي فيما دون النفس بتمامه

العبد

اي في الدار والدين

اي الشافعي رحمه

وروينا من الكتاب والسنة

بين الناس

اي الوالد

والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذا
الوالدة والجدة من قبل الأب أو الأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل
الولد بالوالد لعدم المسقط قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره
ولا بمكاتبه ولا بعبد ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه
القصاص ولا ولده عليه وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن
القصاص لا يتجزى قال ومن ورث قصاصا على أبيه سقط لحرمة
الأبوة قال ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف وقال الشافعي رحمه الله
يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا فإن مات وإلا تحز رقبته
لأن مبنى القصاص على المساواة ولنا قوله عم لا قود إلا بالسيف
والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء الزيادة لو لم يحصل
المقصود بمثل ما فعل فتحز رقبته فيجب الحذر عنه كما في كسر العظم
قال وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى وترك
وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
لا أرى في هذا قصاصا لأنه اشتبه سبب الاستيفاء فإنه الولاء
إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار كمن قال لغيره بعتني
هذه الجارية بكذا فقال المولى زوجتها بك لا يحل له وطؤها لاختلاف
السبب فكذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى بيقين على

على التقديرين وهو معلوم والحكم متحد واختلاف السبب لا يفضي
إلى المنازعة ولا إلى اختلاف حكم فلا يبالى به بخلاف تلك المسألة لأن
حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى
فلا قصاص وإن اجتمعوا مع المولى لأنه اشتبه من له الحق لأنه المولى
إن مات عبدا أو الوارث إن مات حرا إذ ظهر الاختلاف بين الصحابة
في موته على نعت الحرية أو الرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها
وإن لم يترك وفاء وله ورثة أحرار وجب القصاص للمولى في قولهم
جميعا لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة بخلاف معتق البعض
إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا ينفسخ بالعجز وإذا
قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن والمرتهن لأن
المرتهن لا ملك له فلا يليه ولو تولاه الراهن لبطل حق المرتهن في
الدين فيشترط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال وإذا
قتل ولي المعتوه فلأبيه أن يقتل لأنه من الولاية على النفس
شرع لأمر راجع إليها وهو تشفي الصدر فيليه كالإنكاح وله
أن يصالح لأنه أنظر في حق المعتوه وليس له أن يعفو لأن
فيه إبطال حقه وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي
بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه ليس له ولاية على نفسه

وهذا من قبله وقد يندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس
واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل وفي كتاب
الصلح ان الوصي لا يملك الصلح لانه تصرف في النفس بالاعتياض عنه
فينزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا ان المقصود من الصلح
المال وانه يجب بعقده كما يجب بعقد الاب بخلاف القصاص لان
المقصود التشفي وهو يختص بالاب ولا يملك العفو لان الاب لا يملكه
لما فيه من الابطال فهو اولى قالوا القياس ان لا يملك الوصي الاستيفاء
في الطرف كما لا يملكه في النفس لان المقصود متحد وهو التشفي وفي
الاستحسان يملكه لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فانها خلقت
وقاية للانفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي بمنزلة الاب في الصحيح
الا ترى ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته
فيه قال ومن قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا
القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار لان
القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي وفي استيفائهم
الكل ابطال حق الصغار فيؤخر الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين
واحدهما غائب او كان بين المولين وله انه حق لا يتجزى لثبوته

بسببه لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من الصغير منقطع فيثبت
لكل واحد منهم كملا كما في ولاية الانكاح بخلاف الكبيرين لان احتمال العفو
من الغائب ثابت ومسألة المولين ممنوعة قال ومن ضرب
رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه
الدية قال رضي الله عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح
فيكمل السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن
ابي حنيفة اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انما يجب اذا جرح و
هو الاصح على ما نبينه ان شاء الله وعلى هذا الضرب بصنجات الميزان
واما اذا ضربه بالعود فانما تجب الدية لوجود قتل النفس المعصومة
وامتناع القصاص حتى لا يهدر الدم ثم قيل هو بمنزلة العصا
الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة على ما نبين وقيل
هو بمنزلة السوط وفيه خلاف الشافعي وهي مسألة الموالاة له
ان الموالاة في الضربات الى ان مات دليل العمدية فيتحقق الموجب
ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد ويروى شبه العمد الحديث
ولان فيه شبهة عدم العمدية لان الموالاة قد تستعمل للتاديب
او لعله اعتراه القصد في خلال الضربات فيعرى اول الفعل عنه و
عساه اصاب المقتل والشبهة دارئة للقود فوجبت الدية

قال ومن غرّق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة
وقالا يقتص منه وهو قول الشافعي غير ان عندهما يستوفى جزاء بان
يغرّق كما بيناه من قبل لهم قوله عم الا ان قتيل خطا العمد قتيل
السوط والعصا وفيه وفي كل خطاء ارش ولان الآلة غير معدة
للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله فتمكنت شبهة عدم
العمدية ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ومنه يقال اقتص اثره
ومنه المقصة للجلمان ولا تماثل بين الجرح والدق
لقصور الثاني عن تخريب الظاهر وكذا لا يتماثلان في حكمة الزجر
لان القتل بالسلاح غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع
او هو محمول على السياسة وقد اومت اليه اضافته الى نفسه
فاذا امتنع القصاص وجبت الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه
اختلاف الروايتين في الكفارة قال ومن جرح رجلا عمدا فلم
يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص لوجود السبب وعدم
ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال واذا التقى الصفان
من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا
قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بينا
والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذلك الدية

على ما نطق به نص الكتاب وقيل لما اختلفت سيوف المسلمين على
اليمان ابي حذيفة قضى رسول الله صلعم بالدية فوهبها لهم
حذيفة قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين فان كان في صف
المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال صلى الله عليه
وسلم من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن شج نفسه
وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك
فعلى الاجنبي ثلث الدية لان فعل الاسد والحية جنس واحد
لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وان فعله بنفسه هدر في الدنيا
معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر ان عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله يغسل ويصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله يغسل
ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر في الصلاة عليه اختلاف
المشايخ على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن
هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا
والآخرة فصارت ثلاثة اجناس فكان النفس تلفت بثلاثة
افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب عليه ثلث الدية
فصل ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان
يقتلوه لقوله عليه السلام من شهر على المسلمين سيفا فقد اطل دمه

ولأنه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولأنه تعين طريقا لدفع
القتل عن نفسه فله قتله وقوله فعليهم وقول محمد رحمه الله
في الجامع الصغير فحق على المسلمين أن يقتلوه إشارة إلى الوجوب
والمعنى وجوب دفع الضرر وفي سرقة الجامع الصغير ومن شهر
على رجل سلاحا ليلا أو نهارا أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا
في طريق في غير مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا
وهذا لأن السلاح لا يلبث فيحتاج إلى دفعه بالقتل و
العصا الصغيرة وإن كانت تلبث لكن في الليل لا يلحقه الغوث
فيضطر إلى دفعه بالقتل وكذا في النهار في غير المصر في الطريق
لا يلحقه الغوث فإذا قتله كان دمه هدرا فلو كان
عصا لا تلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما **قال** وإذا
شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا
فعليه الدية في ماله وقال الشافعي لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف
الصبي والدابة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب الضمان في
الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون للشافعي رحمه الله أنه قتله
دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ الشاهر ولأنه يصير محمولا
على قتله بفعله فأشبه المكره ولأبي يوسف رحمه الله أن فعل

الدابة غير معتبر أصلا حتى لو تحقق لا يوجب الضمان أما فعلهما
معتبر في الجملة حتى لو حققاه يجب عليهما الضمان وكذا
عصمتهما لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلهما
مسقطا للعصمة دون فعل الدابة ولنا أنه قتل شخصا
معصوما أو أتلف مالا معصوما حقا للمالك وفعل الدابة
لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وإن كانت عصمتهما حقهما لعدم
اختيار صحيح ولهذا لا يجب القصاص (لا يصلح مسقطا) بتحقق الفعل منهما بخلاف
العاقل البالغ لأن له اختيارا صحيحا وإنما لا يجب القصاص
لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية **قال** ومن شهر
على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى القاتل القصاص
معناه إذا ضربه فانصرف لأنه خرج من أن يكون محاربا
بالانصراف فعادت عصمته **قال** ومن دخل عليه غيره
ليلا فأخرج السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام
قاتل دون مالك ولأنه يباح له القتل دفعا في الابتداء
فكذا استردادا في الانتهاء وتأويل المسألة إذا كان لا يتمكن
من الاسترداد إلا بالقتل

باب القصاص فيما دون النفس

ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل
قطعت يده وإن كانت يده أكبر من اليد المقطوعة لقوله تعالى

والخروج قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعاية المماثلة فيه
يجب فيه القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل
فاعتبر ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف
بذلك قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن
لامكان رعاية المماثلة قال ومن ضرب عين رجل فقلعها
لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان كانت قائمة فذهب
ضوءها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال في الكتاب
تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه
بالمرآة فيذهب ضوءها وهو ماثور عن جماعة من الصحابة
رضوان الله عليهم قال وفي السن القصاص لقوله تعالى والسن
بالسن وان كان سن من يقتص منه اكبر من سن الآخر
لان منفعة السن لا تتفاوت بالصغر والكبر قال وفي
كل شجة يتحقق فيها المماثلة القصاص لما تلونا قال ولا قصاص
في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي عن عمر رضي الله عنه وابن مسعود
وقال عليه السلام لا قصاص في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار
المماثلة في غير السن متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف
السن لانه يبرد بالمبرد قال وليس فيما دون النفس شبه
عمد انما هو عمد او خطأ لان شبه العمد يعود الى الآلة والقتل

هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف
اتلافه باختلاف الآلة فلم يبق الا العمد والخطأ ولا قصاص بين
الرجل والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين
العبدين خلافا للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع
طرف العبد ويعتبر الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا
ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت
في القيمة وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فامكن اعتباره
بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط له فاعتبر اصله وبخلاف
الانفس لان المتلف ازهاق الروح ولا تفاوت فيه ويجب
القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في
الارش قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه
اذ الاول كسر العظم ولا ضابط فيه وكذا البرء نادر فيفضي الثاني
الى الهلاك ظاهرا واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع
شلاء او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد
المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان
استيفاء الحق كملا متعذر فله ان يتجوز بدون حقه وله
ان يعدل عن العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايدي الناس بعد
الاتلاف ثم اذا استوفى ناقصا فقد رضي به فيسقط حقه كما اذا

رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت المتوفة قبل اختيار
المجني عليه أو قطعت ظلما فلا شيء له عندنا لأن حقه متعين
في القصاص وإنما ينتقل إلى المال باختياره فيسقط بفواته
بخلاف ما إذا قطعت بحق عليه من قصاص أو سرقة حيث يجب
عليه الأرش لأنه أوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى
قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي
لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار إن شاء
اقتص بمقدار شجته يبتدئ من أي الجانبين شاء وإن شاء
أخذ الأرش لأن الشجة موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين
بزيادتها وفي استيفائه ما بين قرني الشاج زيادة على ما فعل
ولا يلحقه الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص
فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير أيضا لأنه يتعذر
الاستيفاء كملا للتعدي إلى غير حقه وكذا إذا كانت الشجة
في طول الرأس وهي تأخذ من جبهته إلى قفاه ولا تبلغ إلى
قفا الشاج فهو بالخيار لأن المعنى لا يختلف قال ولا قصاص
في اللسان ولا في الذكر وعن أبي يوسف رحمه الله إذا قطع من
أصله يجب لأنه يمكن اعتبار المساواة ولنا أنه ينقبض وينبسط
فلا يمكن اعتبار المساواة إلا أن يقطع الحشفة لأن موضع
القطع معلوم كالمفصل ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر

فلا

فلا قصاص فيه لأن البعض لا يعلم مقداره بخلاف الأذن إذا
قطع كله أو بعضه لأنه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم
فيمكن اعتبار المساواة والشفة إن استقصاها بالقطع
يجب القصاص لإمكان اعتبار المساواة بخلاف ما إذا قطع
بعضها لأنه يتعذر اعتبارها فصل وإذا اصطلح القاتل
وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا
كان أو كثيرا لقوله عز وجل فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما
قيل نزلت في الصلح وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث
ومراده والله أعلم الأخذ بالرضا على ما بيناه وهو الصلح بعينه
ولأنه حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا
لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي
والقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض
إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكر حالا ولا مؤجلا
فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والأصل في أمثاله الحلول كالمهر
والثمن بخلاف الدية لأنها ما وجبت بالعقد قال وإن كان
القاتل حرا وعبدا فأمر الحر ومولى العبد رجلا بأن يصالح
عن دمهما على ألف ففعل فالألف على الحر والمولى نصفان
لأن عقد الصلح أضيف إليهما وإذا عفا أحد الشركاء عن الدم
أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص

وكان لهم نصيبهم من الدية واصل هذا ان القصاص حق جميع الورثة
وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما
ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت
ولنا انه عليه السلام امر بتوريث امراة اشيم الضبابي من عقل
زوجها اشيم ولانه حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله
ابنان فمات احدهما عن الابن كان القصاص بين الصلبي وابن
الابن فيثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى حكما بعد الموت في
حق الارث او يثبت بعد الموت مستندا الى سببه وهو الجرح فاذا
ثبت للجميع فكل منهم يتمكن من الاستيفاء والاسقاط عفوا او
صلحا ومن ضرورة سقوط حق البعض في القصاص سقوط حق
الباقين فيه لانه لا يتجزى بخلاف ما اذا قتل رجلين وعفا احد
الوليين لان الواجب قصاصان من غير شبهة لاختلاف القتل
والمقتول وههنا واحد لاتحادهما واذا سقط القصاص ينقلب
نصيب الباقين مالا لانه امتنع لمعنى راجع الى القاتل وليس للعافي
شيء من المال لانه اسقط حقه بفعله ورضاه ثم يجب ما يجب من
المال في ثلاث سنين قال زفر رحمه الله يجب في سنتين فيما اذا
كان بين شريكين فعفا احدهما لان الواجب نصف الدية فيعتبر
بما اذا قطعت يده خطا ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله
مؤجل الى ثلث سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف

وهو

وهو في سنتين في الشرع ويجب في ماله لانه عمد قال واذا قتل
جماعة واحدا عمدا اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه لو تمالأ عليه
اهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب والقصاص
مزجرة للسفهاء فيجب تحقيقا لحكمة الاحياء واذا قتل واحد جماعة
فحضر اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك فان حضر
واحد قتل له وسقط حق الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل
بالاول منهم ويجب للباقين المال وان اجتمعوا ولم يعرف قتل
لهم وقسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم فيقتل لمن خرجت قرعته
له ان الموجود من الواحد قتلات والذي تحقق في حقه قتل
واحد فلا تماثل وهو القياس في الفصل الاول الا انه عرف بالشرع
ولنا ان كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء التماثل اصله
الفصل الاول اذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولانه وجد
من كل واحد جرح صالح للازهاق فيضاف الى كل منهم اذ
هو لا يتجزى ولان القصاص شرع مع المنافي لتحقق الاحياء
وقد حصل بقتله فاكتفي به قال ومن وجب عليه القصاص اذا
مات سقط القصاص لفوات محل الاستيفاء فاشبه موت العبد
الجاني ويتاتى فيه خلاف الشافعي اذ الواجب احدهما عنده قال
واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على واحد منهما وعليهما
نصف الدية وقال الشافعي تقطع يداهما والمفروض اذا اخذ سكينا

وامرأة على يمين رجل انقطعت لا اعتبار بالأنفس والأيدي
تابعة لها فأخذت حكمها أو يجمع بينهما بجامع الزجر ولنا أن
كل واحد منهما قاطع بعض اليد لأن الانقطاع حصل باعتمادهما
والمحل متجزئ فيضاف إلى كل واحد البعض فلا مماثلة بخلاف النفس
لأن الانزهاق لا يتجزأ ولأن القتل بطريق الاجتماع غالب حذار
الغوث والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز الندرة لافتقاره
إلى مقدمات بطيئة فيلحقه الغوث **قال** وعليهما نصف الدية
لأنه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وإن قطع واحد يميني رجلين بقطعاه
فحضرا فلهما أن يقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين
سواء قطعهما معاً أو على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب
يقطع بالأول وفي القران يقرع لأن اليد استحقها الأول فلا يثبت
الاستحقاق فيها للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة
لا تفي بالحقين فترجح بالقرعة ولنا أنهما استويا في سبب الاستحقاق
فيستويان في حكمه كالغريمين في التركة والقصاص ملك الفعل
يثبت مع المنافي فلا يظهر إلا في حق الاستيفاء أما المحل فخلو
منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لأن الحق ثابت في المحل
وصار كما إذا قطع العبد يمينهما على التعاقب يستحق رقبته
لهما وإن حضر واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لأن
للحاضر أن يستوفي لثبوت حقه وتردد حق الغائب وإذا استوفى

لم يبق محلاً للاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لأنه أوفى به حقاً
مستحقاً **قال** وإذا أقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال زفر
رحمه الله لا يصح إقراره لأنه يلاقي حق المولى بالإبطال فصار كما إذا أقر
بالمال ولنا أنه غير متهم فيه لأنه مضر به فيقبل ولأن العبد مبقى على
أصل الحرية في حق الدم عملاً بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى
عليه بالحدود والقصاص وبطلان حق المولى بطريق الضمن
فلا يبالى به ومن رمى رجلاً عمداً فنفذ السهم منه إلى آخر فماتا
فعليه القصاص للأول والدية للثاني على عاقلته لأن الأول عمد
والثاني أحد نوعي الخطأ كأنه رمى إلى صيد فأصاب آدمياً والفعل
يتعدد بتعدد الأثر **فصل** ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله عمداً قبل أن تبرأ يده أو قطع عمداً ثم قتله خطأ أو قطع
يده خطأ فبرأت يده ثم قتله خطأ أو قطع يده عمداً فبرأت ثم قتله
عمداً فإنه يؤخذ بالأمرين جميعاً والأصل فيه أن الجمع بين الجراحات
واجب ما أمكن تتميماً للأول لأن القتل في الأعم يقع بضربات متعاقبة
وفي اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الحرج إلا أن لا يمكن الجمع فيعطى
كل واحد حكم نفسه وقد تعذر الجمع في هذه الفصول في الأولين
لاختلاف حكم الفعلين وفي الآخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية
حتى لو لم يتخلل وقد تجانسا بأن كانا خطأين يجمع بالإجماع لإمكان
الجمع ويكتفى بدية واحدة وإن كان قطع يده عمداً ثم قتله عمداً قبل

ان برأ يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه وان شاء قال
اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتل ولا يقطع يده لان
الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله
ان الجمع متعذر اما للاختلاف بين الفعلين هذين لان الموجب
القود وهو يعتمد المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل
والقطع بالقطع وهو متعذر او لان الحز يقطع اضافة السراية الى
القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الحاز فصار كتخلل
البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساواة
ولان ارش اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بالحز القاطع
للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا يجتمعان
اما القطع والقتل قصاصا فيجتمعان قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة
لانه لما برأ منها لا تبقى معتبرة في حق الارش وان بقيت في حق التعزير
فبقي الاعتبار للعشرة وكذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على
اصل ابي حنيفة وعن ابي يوسف رحمه الله في مثله حكم عدل وعن
محمد رحمه الله انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا مائة سوط
وجرحته وبقي له اثر تجب له حكومة العدل لبقاء الاثر والارش
انما يجب باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفى

اندمل الجرح برأ

المقطوع

المقطوع يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله
وان عفى عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو
عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو
من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفى عن القطع فهو عفو
عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفى عن الشجة ثم سرى الى
النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه و
موجب القطع لو اقتصر او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا
عن احد موجبيه ايهما كان ولان اسم القطع يتناول الساري و
المقتصر فيكون العفو عنه عفوا عن احد نوعيه وصار هذا
كما اذا عفى عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة
كذا هذا وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم
متقوم والعفو لم يتناوله بصريحه لانه عفى عن القطع وهو غير
القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب
ضمانه وكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو
اورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم ان الساري نوع
من القطع وان السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء
وكذلك لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو
بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو

عن الشجة وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية و
القتل ولو كان القطع خطأ فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه
وفاقا وخلافا آذن بذلك اطلاقه الا انه ان كان خطأ فهو من
الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب العمد القود
ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعارة
ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من
الثلث قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات
فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا
ففي مالها وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم
يكن عفوا عما يحدث عنه فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا
على ما يحدث منه ثم القطع اذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على
القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على
تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لان التزوج
وان كان يتضمن العفو على ما بينا لكن عن القصاص
في الطرف في هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله
العفو فتجب الدية في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على
ما بيناه واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة
ان كانا على السواء وان كان في الدية فضل يرده على الورثة وان كان
في المهر فضل يرده الورثة عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا

تزوجا

تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد
وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما في اليد و
لا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب على العاقلة في الخطأ
والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث منها او على
الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها لان هذا تزوج
على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل على ما بيناه وصار
كما اذا تزوجها على خمر او على خنزير ولا شيء عليها لانه لما جعل
القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط اصلا كما اذا
اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا وان كان
خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية لان
هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل من
جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية
ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية
وترفع عن العاقلة لانهم يتحملون عنها فمن المحال ان يرجع عليهم
بموجب جنايتها وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية
لما انهم ليسوا بقتلة فان كانت تخرج من الثلث تسقط وان
لم تخرج يسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد كذلك الجواب فيما اذا
تزوجها على اليد لان العفو عن اليد عفو عما يحدث عنه عندهما منها خ
فاتفق جوابهما في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له

من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية
كانت قتل عمد وحق المقتص له القود واستيفاء القطع لا يوجب
سقوط القود كمن له القود اذا استوفى طرف من عليه القود
وعن ابي يوسف رحمه الله انه سقط حقه في القصاص لانه لما اقدم
على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع ظنا
منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرءا عنه
بدون العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم
عفى وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه
وهذا لانه استحق اتلاف النفس بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا
يضمنه وكذا اذا سرى وما برئ او ما عفا وما سرى او قطع ثم
حز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له قصاص في
الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس
ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا
واذا سقط وجب المال وانما لا يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير
قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك القصاص في النفس
ضرورة لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض لما
انه تصرف فيه فاما قبل ذلك لا يظهر لعدم الضرورة بخلاف

ما اذا سرى لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فقلنا
انما يتبين كونه قطعا بغير حق بالبرء حتى لو قطع وما عفا
وبرء الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم حز رقبته
قبل البرء فهو استيفاء ولو حز بعد البرء فهو على الخلاف
هو الصحيح والاصابع وان كانت تابعة قياما بالكف
فالكف تابعة لها غرضا بخلاف الطرف لانها تابعة للنفس
من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا
استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن لانه استوفى حقه وهو القطع
ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه من سد باب
القصاص اذ الاحتراز عن السراية ليس في وسعه فصار
كالامام والبزاغ والحجام والمامور بقطع اليد وله انه قتل
بغير حق لان حقه في القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع
ظلما كان قتلا ولانه جرح افضى الى فوات الحيوة في مجرى
العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة
فوجب المال بخلاف ما استشهد من المسائل لانه مكلف
فيها بالفعل اما تقلدا كالامام او عقدا كما في غيره منها و
الواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي الى الحربي وفيما
نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو

فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطا لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون لابيهما على الاخر لهما في الخلافية ان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه عوض عن نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه طريق الخلافة دون الوراثة الا يرى انه يثبت بعد الموت والميت ليس من اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه تعلق وان كان طريقه الاثبات ابتدا لا ينتصب احدهم خصما عن الباقين فيعيد البينة بعد حضوره فان كان اقام القاتل البينة ان الغايب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته الا باثبات العفو عن الغايب فينتصب الحاضر خصما عن الغايب وكذلك عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غايب فهو على ما بيناه قال فان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على آخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما وهو انقلاب القود مالا فان صدقهما القاتل فالدية بينهم اثلاثا معناه اذا صدقهما وحده لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فيصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شي لهما وللآخر ثلث الدية ومعناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وهذا لانهما اقرا على انفسهما بسقوط القصاص فقبل وادعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا بحجة وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وفي ذلك القصاص على ما بيناه والشهادة على قتل العمد يتحقق على هذا الوجه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله اذا شهدوا انه ضربه بشي جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان به

فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يكرر والقتل في زمان او في مكان
غير القتل في زمان او في مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل بالسلاح
لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما وكان على
كل قتل شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الآخر
لا ادري باي شيء قتله فهو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال
واذا شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا
والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان القتل يختلف باختلاف
الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا بقتل مطلق و
المطلق ليس بمجمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يحمل اجمالهم
في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه سترا عليه وانه لو كذبهم في نفي
العلم ظاهر ما ورد باطلاقه في اصطلاح ذات البين وهذا بظاهر
في معناه فلا يثبت الاختلاف بالشك ويجب الدية في ماله لان الاصل
في الفعل العمد فلا يلزم العاقلة قال واذا اقر رجلان كل واحد
منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان
شهدوا على رجل انه قتل فلانا وشهد آخرون على آخر بقتله وقال
الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق ان الاقرار والشهادة
تناول كل واحد منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد
حصل التكذيب في الاول من المقر له وفي الثاني من المشهود له
غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره في الباقي

وتكذيب

وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا
لان التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر
لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع
به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد
اسقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد
الجرح قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل
منه بعده فيعتبر حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة
الرمي في حق الحل حتى لا يحرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير
حتى جاز بعد الجرح قبل الموت والقتل وان كان عمدا فالقود سقط
للشبهة ووجبت الدية ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم
فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم لان الرمي ما
انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا لصيرورته
متقوما بعد ذلك وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه
قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته
مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رحمه الله مع قول ابي حنيفة رحمه الله
له ان العتق قاطع للسراية فاذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو
جناية ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب
ذلك ولهما انه يصير قاتلا من وقت الرمي لان فعله الرمي وهو

مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف القطع والجرح لانه اتلاف بعض
المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء به لوجب
للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية اما الرمي قبل الاصابة ليس
باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما فلت الرعبات فيه فلا يجب
الضمان فلا يتخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله
وان كان يخالفنا في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه
ما حققناه قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد
الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح
الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم ثم وقعت الرمية بالصيد لم
يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل لان المعتبر
حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي هو الذكاة فتعتبر الاهلية
وانسلابها عنده ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية فعليه
الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان الضمان انما يجب
بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت الرمي
وفي الثاني حلال فلهذا افترقا

كتاب الديات

قال في شبه العمد دية مغلظة على العاقلة
وكفارة على القاتل وقد بيناه في اول الجنايات قال وكفارته
عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام
شهرين متتابعين بهذا النص ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص

والمقادير

والمقادير تعرف بالتوقيف ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف
الفاء او لكونه كل المذكور على ما عرف ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم
لانه مسلم به والظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لا يعرف
حيوته ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية
شبه العمد عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت
مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس
وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي ثلثون جذعة وثلثون حقة
واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها لقوله عليه السلام
الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل
اربعون منها في بطونها اولادها ولان دية شبه العمد اغلظ وذلك
فيما قلناه ولهما قوله عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل
وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة في صفة التغليظ وابن مسعود رض
قال بالتغليظ ارباعا كما ذكرنا وهو كالمرفوع فيعارض به قال
ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة لان التوقيف فيه فان قضى بالدية
في غير الابل لم يتغلظ لما قلنا قال وقتل الخطأ يجب به الدية على العاقلة
والكفارة على القاتل لما بينا من قبل قال والدية في الخطأ مائة من
الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة وهذا قول ابن مسعود رض
واخذناه والشافعي به لرواية النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ اخماسا

خلفة الحامل من النوق وجمعها مخاض من غير لفظها انتهى

علي نحو ما قال ولان ما قلناه احوط فكان اليق بحالة الخطا لان الخاطئ
معذور وغير ان عند الشافعي يقضي بعشرين ابن لبون مكان ابن مخاض
والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن العين الف دينار ومن الورق
عشرة آلاف درهم وقال الشافعي من الورق اثنى عشر الفا لما روى ابن عباس
رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية بذلك ولنا ما روي عن عمر رضه
ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة آلاف درهم وتاويل ما روي
انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة وقد كان كذلك قال ولا
يثبت الدية الا من هذه الانواع الثلثة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
منها ومن البقر مايتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مايتا
حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضه هكذا جعل على اهل كل مال منها وله
ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة
المالية ولهذا لا يقدر بها ضمان والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة
عدمناها في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح على الزيادة على مايتي
حلة او مايتي بقرة لا يجوز وهذا آية التقدير بذلك ثم قيل هو قول الكل
فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما قال ودية المراة على النصف من
دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ موقوفا على علي رضي الله عنه ومرفوعا
الى النبي عليه السلام وقال الشافعي ما دون الثلث لا يتنصف وامامه فيه
زيد بن ثابت رضه والحجة عليه ما رويناه لعمومه ولان حالها انقص
من حال الرجل ومنفعتها اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في

النفس فكذا في اطرافها واجزائها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال
ودية المسلم والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني
اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة درهم وقال مالك رحمه الله
دية اليهودي والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر
نصف عقل المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي ما روي ان النبي عليه
جعل دية النصراني واليهودي اربعة آلاف درهم ودية المجوسي ثمان مائة
درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده الف دينار وكذلك قضى
ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي لم نعرفه وانه لم يذكر في
الكتب الحديث وما رويناه اشهر مما رواه مالك رحمه الله فانه ظهر به
عمل الصحابة

فصل فيما دون النفس

قال وفي النفس الدية
وقد ذكرناه قال وفي المارن الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية
والاصل فيه ما روى سعيد بن المسيب ان النبي صلى الله عليه وسلم قال في النفس
الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه
رسول الله عليه السلام لعمرو بن حزم والاصل في الاطراف انه اذا فوت جنس
منفعته على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية
لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف من كل وجه تعظيما
للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كلها في اللسان والانف وعلى
هذا ينسحب فروع كثيرة فنقول في الانف الدية لانه ازال الجمال على الكمال
وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة لما ذكرنا ولو قطع المارن

المارن نرمه بيني خير

الارنبه سر بيني كمانه

مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه عضو واحد وكذا اللسان لفوات
منفعة مقصودة وهو النطق وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت
منفعة مقصودة وان كانت الآلة قائمة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف
قيل يقسم على عدد الحروف وقيل على عدد حروف تتعلق باللسان
فبقدر ما لا يقدر تجب وقيل ان قدر على اداء اكثرها تجب حكومة عدل
لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن اداء الاكثر يجب كل الدية لان
الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا يفوت به منفعة الوطء والايلاد
واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق
عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان الحشفة اصل في منفعة الايلاج
والدفق والقصبة كالتابع له قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب
الدية لفوات منفعة الادراك اذ به ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده
وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه لان لكل واحد منها
منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رض قضى باربع ديات في ضربة واحدة
ذهب بها العقل والسمع والكلام والبصر قال وفي اللحية اذا
حلقت فلم تنبت الدية لانه يفوت به منفعة الجمال قال وفي شعر
الراس الدية لما قلنا وقال مالك رحمه الله وهو قول الشافعي تجب فيهما حكومة
عدل لان ذلك زيادة في الآدمي ولهذا يحلق شعر الراس كله واللحية
بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر والساق ولهذا يجب
في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية في وقتها جمال وفي حلقه

تفويته

تفويته على الكمال فتجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين و
كذا شعر الراس جمال الا ترى ان من عدمه خلقة يتكلف في ستره
بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال واما لحية العبد
فعن ابي حنيفة انه يجب كمال القيمة والتخريج على الظاهر ان المقصود
في العبد المنفعة بالاستعمال دون الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب
حكومة عدل هو الاصح لانه تابع للحية فصار كبعض اطرافها ولحية
الكوسج ان كان على ذقنه شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان
وجوده يشينه لا يزينه وان كان اكثر من ذلك بان كان على
الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة عدل لان فيه بعض
الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفيه معنى
الجمال وهذا كله اذا افسد المنبت فان نبتت حتى استوى كما كان
لا يجب شيء لانه لم يبق اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل
وان نبتت بيضاء فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه
يزيده جمالا وفي العبد يجب حكومة العدل لانه ينقص قيمته وعندهما
يجب حكومة عدل في الحر ايضا لانه في غير اوانه يشينه ولا يزينه
ويستوي العمد والخطاء على هذا الجمهور وفي الحاجبين الدية
وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي يجب حكومة عدل
وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية

وفي الاثنتين الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب عن النبي عم
قال وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عم
لعمرو بن حزم رض وفي العينين الدية وفي احديهما نصف الدية
ولان في تفويت الاثنين من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة
او كمال الجمال فيجب كل الدية وفي تفويت احديهما تفويت النصف
فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المراة الدية لما فيه من تفويت
جنس المنفعة وفي احديهما نصف دية المراة لما بينا بخلاف ثدي
الرجال حيث تجب حكومة العدل لانه ليس فيه تفويت جنس المنفعة
والجمال لفوات جنس منفعة الارضاع ولمساك اللبن وفي احديهما
نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العينين الدية وفي احدها
ربع الدية قال رض الله يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما
ذكره محمد رحمه الله في الاصل للمجاورة كالراوية للقربة وهو حقيقة
في الشعر وهذا لانه يفوت به الجمال وجنس المنفعة وهي منفعة
دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان
الواجب في الكل كمال الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية
وفي ثلثة منها ثلثة ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر
والحكم فيه هكذا ولو قطع الجفون باهدابها ففيه دية واحدة
لان الكل كشيء واحد وصار كالمارن مع القصبة قال وفي كل
اصبع من اصابع اليدين او الرجلين عشر الدية لقوله عليه السلام

في كل

في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة
وفيه دية كاملة وهي عشر فتنقسم الدية عليها قال والاصابع
كلها سواء لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر
الزيادة فيه كاليمين مع الشمال وكذا اصابع الرجلين لانه يفوت
بقطع كلها منفعة المشي فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فتنقسم
الدية عليها اعشارا قال وفي كل اصبع فيها ثلثة مفاصل
ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها مفصلان ففي احدهما نصف
دية الاصبع وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع قال وفي
كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث ابي موسى رض في كل سن
خمس من الابل والاسنان والاضراس سواء لاطلاق ما روينا
ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء ولان كلها
في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع و
هذا اذا كان خطاء فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في
الجنايات قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته
ففيه دية كاملة كاليد اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها
لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات الصورة ومن ضرب
صلب غيره فانقطع ماؤه يجب الدية لتفويت جنس المنفعة وكذا
لو احدبه لانه يفوت جمالا على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت
الحدوبة لا شيء عليه لزوالها لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشر الحارصة وهي التي تحرص الجلد اي تخدشه ولا
تخرج الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع
في العين والدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي
تبضع الجلد اي تقطعه والمتلاحمة وهي التي تاخذ في اللحم و
السمحاق وهي التي تصل السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم
الراس والموضحة وهي التي توضح العظم اي تبينه والهاشمة وهي
التي تكسر العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله
والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهي التي فيه الدماغ قال
ففي الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روي انه عليه السلام قضى بالقصاص
في الموضحة ولانه يمكن ان ينتهي السكين الى العظم فيتساويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن
اعتبار المساواة فيها لانه لا حد ينتهي السكين اليه ولان فيما فوق
الموضحة كسر العظم ولا قصاص فيه وهذه رواية عن ابي حنيفة رض
وقال محمد رحمه الله في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص فيما قبل
الموضحة لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف
هلاك غالب فيسبر غورها بمسبار ثم تتخذ حديدة بقدر ذلك
فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص قال وفيما
دون الموضحة حكومة العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن
اهداره فوجب اعتباره بحكم العدل وهو ماثور عن النخعي

بمسبار

وعمر بن

وعمر بن عبد العزيز قال وفي الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر
الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية
وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث الدية فان نفذت فهما جائفتان
ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي عم قال
في الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة
وفي الآمة ويروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة
ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب
الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت نزلت منزلة جائفتين احدهما
من جانب البطن والاخرى من الظهر وفي كل جائفة ثلث الدية
فلهذا وجب في النافذة ثلثا الدية وعن محمد رحمه الله انه جعل المتلاحمة
قبل الباضعة وقال هي التي يتلاحم فيها الدم ويسود وما ذكرناه
بدءا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة لا يعود
الى معنى وحكم وبعد هذا شجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل
الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها تقع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة
مفردة بحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة
وما كان في غير الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة
في الصحيح حتى لو تحققت في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها
ارش مقدر وانما تجب حكومة العدل لان التقدير بالتوقيف
وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم فيها لمعنى الشين الذي



بلحمه يبقى اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها في الغالب
وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل ليسا
من الوجه وهو قول مالك رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة
للناظر فيهما الا ان عندنا هما من الوجه لاتصالهما به من غير فاصل
وقد يتحقق فيه معنى المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف
جوف الراس او جوف البطن وتفسير حكومة العدل على ما قاله
الطحاوي رحمه الله ان يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ويقوم وبه هذا الاثر
ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين فان كان نصف عشر القيمة يجب
نصف عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة فربع عشر وقال الكرخي
رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك
من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه منصوص

فصل

وفي اصابع اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا
فكان في الخمس نصف الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة
البطش وهو الموجب على ما مر فان قطعها مع الكف ففيه ايضا
نصف الدية لقوله عليه السلام وفي اليدين الدية وفي احداهما نصف
الدية ولان الكف تبع للاصابع لان البطش بها وان قطعها مع نصف
الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي الزيادة حكومة عدل
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان ما زاد على اصابع اليد

فهو تبع الى المنكب والى الفخذ لان الشرع اوجب في اليد الواحدة
نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب فلا يزاد على تقدير
الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف والاصابع
دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا
وجه الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا
الى ان يكون تبعا للكف لانه تابع ولا تبع للتبع **قال** وان قطع
الكف من المفصل وفيها اصبع واحدة ففيه عشر الدية
وان كانت اصبعين فالخمس ولا شيء في الكف وهذا عند ابي حنيفة
وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه الاكثر ويدخل
القليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان الكل شيء
واحد ولا الى اهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فرجحنا
بالكثرة وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا لان
البطش يقوم بها واوجب الشرع في اصبع واحدة عشرا من الابل
والترجيح من حيث الذات والحكم اولى بالترجيح من حيث
مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلاثة اصابع يجب ارش الاصابع
ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع اصول في التقوم وللاكثر
حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع قائمة باسرها
قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل تشريفا للآدمي لانه
جزء من يده لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية
الزائدة

لما قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة
عدل وقال الشافعي رحمه الله تجب دية كاملة لان الغالب
فيه الصحة فاشبه قطع المارن والاذن ولنا ان المقصود
من هذه الاعضاء المنفعة واذا لم تعلم صحتها لا يجب الارش
الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة للالزام بخلاف المارن والاذن
الشاخصة لان المقصود هو الجمال وقد فوته على الكمال وكذلك
لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة
فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل به على النظر فيكون
بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطا قال ومن شج رجلاً
فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية لان بفوات
العقل تبطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات
وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط
والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد فدخل الجزء
في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال زفر رحمه الله لا يدخل
لان كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر
الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره
او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة و
ابي يوسف رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشجة تدخل
في دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلاً

منها

منها جناية فيما دون النفس والمنفعة مختصة به فاشبه الاعضاء
المختلفة بخلاف العقل لان منفعته عائدة الى جميع الاعضاء على ما بينا
وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل والبصر ظاهر فلا
يلحق به قال وفي الجامع الصغير ومن شج رجلاً موضحة فذهبت عيناه
فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي ان تجب الدية فيهما
وقالا في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في العينين وان
قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع او اليد كلها لا
قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى
وفيما بقي حكومة عدل وكذلك لو كسر نصف سن رجل فاسود ما بقي
ولم يحك خلافاً وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال اقطع المفصل
واترك ما يبس او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم يكن له ذلك
لان الفعل في نفسه ما وقع موجباً للقود فصار كما اذا شجه منقلة
فقال اشجه موضحة واترك الزيادة لهما في الخلافية ان الفعل في
المحلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة في احدهما لا تتعدى الى
الاخرى كمن رمى الى رجل عمداً فاصابه ونفذ الى غيره فقتله يجب القود
في الاول والدية في الثاني وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل
وليس في وسعه الساري فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو
الحركة القائمة وكذا المحل متحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورث
نهايته شبهة الخطا في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية

صاحبه وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا
وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر والحسن رحمهم الله يقتص من الاولى وفي
الثانية ارشها والوجه من الجانبين ما ذكرناه وروى ابن سماعة عن
محمد رحمه الله في المسألة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهبت بصره
انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية مباشرة كما في النفس
والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخرى لان الشلل
لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية ان السراية
ما يجب فيه القصاص الى ما يمكن فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو آلت الى النفس وقد وقع الاول ظلما ووجه المشهور ان ذهاب
البصر بطريق التسبيب الا يرى ان الشجة قد بقيت موجبة في نفسها
ولا قود في التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى فانقلبت
الثانية مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص الا على
رواية ابن سماعة رحمه الله ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على
الروايتين هاتين ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط
الارش في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية
قد تحققت والحادث نعمة مبتدأة من الله تعالى وله ان الجناية
انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع
لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة

العود

العود لمكان الالم الحاصل ولو قلع سن غيره فردها صاحبها في
مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما لا يعتد به
اذ العروق لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها لا تعود
الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع
فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه خمسمائة درهم لانه تبين انه استوفى
بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها
اخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا بالاجماع فكان
ينبغي ان ينتظر الياس في ذلك للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع
الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تنبت فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم تنبت
قضينا بالقصاص واذا نبتت تبين انا اخطأنا فيه والاستيفاء كان
بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة فيجب المال ولو ضرب انسانا
سنه فتحركت يستأنى به حولا ليظهر اثر فعله فلو اجله القاضي سنة
ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه فاختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه
فالقول للمضروب ليكون التأجيل مفيدا وهذا بخلاف ما اذا شجه
موضحة فجاء وقد صارت منقلة فاختلفا حيث يكون القول قول
الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يؤثر في السقوط
فافترقا وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه ينكر اثر
فعله وقد مضى الاجل الذي وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر
ولو لم تسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف انه تجب حكومة الالم وسيأتيك في الوجه

بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم تسقط ولكنها اسودت يجب
الارش في الخطاء على العاقلة في العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه وكذا اذا كسر بعضه
واسود الباقي لا قصاص لما ذكرنا وكذا لو احمر او اخضر قال
ومن شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش
عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف رحمه الله
عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل
ما زال فيجب تقويمه وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما
لزمه اجرة الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من
ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم
الا بالعقد او بشبهة ولم يوجد في حق الجاني فلا يغرم شيئا قال
ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرا منها فعليه ارش الضرب
معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو على اختلاف قد مضى
في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله قبل البرء
فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد
والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل
الطرف في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة
لم يقتص منه حتى يبرا وقال الشافعي رحمه الله يقتص منه في الحال اعتبارا
بالقصاص في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يعطل ولنا

قوله عليه السلام يستانى في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها
مآلها لا حالها لان حكمها في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس
فيظهر انه قتل وانما يستقر الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص
فيه بشبهة فالدية في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال
القاتل لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل عمدا الحديث
وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث سنين لانه مال وجب
بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا لانه مال
وجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب ابنه
عمدا فالدية في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله تجب حالة
لان الاصل ان ما يجب بالاتلاف يجب حالا والتاجيل للتخفيف
في الخاطي وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه
وحقه في نفسه حال فلا ينجبر بالمؤجل ولنا انه مال واجب
بالقتل فيكون مؤجلا كدية الخطاء وشبه العمد وهذا لان
القياس يابى تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل والتقويم ثبت
بالشرع وقد ورد به مؤجلا لا معجلا فلا يعدل عنه لا سيما الى زيادة
ولما لم يجز التغليظ باعتبار العمدية قدرا لا يجوز وصفا وكل
جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته
لما روينا ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره
فلا يظهر في حق العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطاء

جنا

وفيه الدية على العاقلة وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدًا
والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد حتى يجب الدية في ماله عمدًا
لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد غير انه تخلف عنه احد حكميه
وهو القصاص فينسحب عليه حكم الآخر وهو الوجوب في ماله ولهذا
تجب الكفارة به ويحرم عن الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال
عمده وخطاؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة والعاقل الخاطئ
لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر
اولى بهذا التخفيف ولا نسلم تحقق العمدية فانها تترتب على العلم
والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل والصبي قاصر العقل فانى
يتحقق منهما القصد فصارا كالنائم وحرمان الميراث عقوبة
وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب
تستره ولانهما مرفوعا القلم **فصل في الجنين** واذا ضرب
بطن امرأة فالقت جنينا ميتا ففيه غرة والغرة نصف عشر الدية
قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية
المرأة وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لم يتيقن
بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان
النبي عليه السلام قال في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة ويروى
او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر وهو حجة على من قدرها بستمائة

نحو

نحو مالك والشافعي رحمهما الله وهي على العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة
درهم وقال مالك رحمه الله في ماله لانه بدل الجزء ولنا انه عليه السلام قضى
بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا سماه عليه السلام دية
حيث قال دوه وقالوا اندي من لا صاح ولا استهل الحديث
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة وتجب في سنة وقال الشافعي
رحمه الله في ثلث سنين لانه بدل النفس ولهذا يكون موروثا بين ورثته
ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان رسول الله عليه السلام
جعل على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس
على حدة فهو بدل العضو من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبه الاول
في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو
اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة بخلاف
اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب يجب في ثلث سنين ويستوي
فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الجنين انما يظهر التفاوت
لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيقدر بمقدار واحد
وهو خمسمائة فان القته حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف
حيا بالضرب السابق فان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل
الام وغرة بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان
ماتت الام من الضرب ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية
في الام ودية في الجنين لانه قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا

فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين وقال الشافعي يجب الغرة في الجنين
لان الظاهر موته بالضرب فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا
ان موت الام احد سببي موته لانه يختنق بموتها اذ تنفسه بتنفسها فلا
يجب الضمان بالشك قال وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه
فيرثه ورثته ولا يرثه الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فالقت ابنه ميتا
فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها لانه قاتل بغير حق مباشرة ولا ميراث
للقاتل قال وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان
حيا وعشر قيمته لو كان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء
من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولنا انه بدل
النفس لان ضمان الطرف لا يجب الا عند ظهور النقصان ولا معتبر به
في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجب
ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا بجنين البهائم وهذا لان
الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر فيصح الاعتبار على اصله
فان ضربت فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا
ولا يجب الدية وان مات بعد العتق لانه قتله بالضرب السابق وقد
كان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون الدية ويجب قيمته حيا لانه
صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالتي السبب والتلف وقيل هذا
عندهما وعند محمد رحمه الله يجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير
مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما نبين من بعد ان شاء الله تعالى

قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله يجب لانه نفس من وجه
فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة وقد عرفت
في النفوس المطلقة فلا يتعداها ولهذا لم يجب كل البدل قالوا الا ان يشاء ذلك
لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله تعالى كان افضل ويستغفر مما صنع
والجنين الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في جميع هذه
الاحكام لاطلاق ما روينا ولانه ولد في حق امومية الولد وانقضاء
العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق هذا الحكم ولان بهذا القدر يتميز
من العلقة والدم فكان نفسا

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا
او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان كل واحد صاحب
حق بالمرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض كما في الملك المشترك
فان لكل واحد حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا في الحق المشترك
قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين لان له حق
المرور ولا ضرر فيه فيلحق ما في معناه به اذ المانع متعنت فاذا اضر
بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام قال
وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا
ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجب الشفعة لهم على كل حال
فلا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ له
التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل في حق

يعني الذي لا ضرر فيه للنفع ولا الغير كما مر

كل واحد كانه هو المالك وحده حكما كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع ولا
كذلك غير النافذ لان الوصول الى رضاهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما
قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه فسقط على انسان
فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد بشغله هواء الطريق
وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذا اذا سقط شي مما ذكرنا في
اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة وان
عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما
لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب نظر فان اصاب
ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان عليه لانه غير متعد فيه
لما انه وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان
على الذي وضعه فيه لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه
في الحائط ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة
ولو اصابه الطرفان جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف
كما اذا جرحه سبع وانسان ولو لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف
اعتبارا للاحوال ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب
الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ
اليه منها فتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان
فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو الموجب ولو وضع في
الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه لانه متعد فيه ولو حركته الريح الى
ان

موضع

موضع آخر ثم احرق شيئا لا يضمنه لنسخ الريح فعله وقيل اذا كان
اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته وقد افضى اليها فجعل
كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة
فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم لان
التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا
لانه انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم يتسلم فعلهم اليه فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع
فعلهم عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلهذا
يضمنه وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة
وكذا اذا رش الماء او توضا لانه متعد فيه بالحاق الضرر بالمارة
بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة وهو من اهلها او قعد
او وضع متاعه لان لكل واحد ان يفعل ذلك فيها لكونه من ضرورات
السكنى كما في الدار المشتركة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق
به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر انه لا يزلق به
لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا يضمن الراش
لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد موضعا
للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع علمه
بذلك لم يكن على الراش شي وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر

فی المرور وکذلک الحکم فی الخشبة الموضوعة فی الطریق فی اخذها بجمیعه
او بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب
علی الآمر استحسانا ولو استاجر اجیرا لیبنی له فی فناء حانوته فتعقل به
انسان بعد فراغه فمات یجب الضمان علی الآمر استحسانا ولو کان
امره بالبناء فی وسط الطریق فالضمان علی الاجیر لفساد الامر قال
ومن حفر بئرا فی طریق المسلمین او وضع حجرا فتلف بذلک انسان
فدیته علی عاقلته وان تلفت بهیمة فضمانها فی ماله لانه متعدی فیه
فیضمن ما یتولد منه غیر ان العاقلة تتحمل النفس دون المال وکان
ضمان البهیمة فی ماله والقاء التراب واتخاذ الطین فی الطریق بمنزلة
القاء الحجر والخشبة لما ذکرنا بخلاف ما اذا کنس الطریق فعطب بموضع
کنسه انسان حیث لم یضمن لانه لیس بمتعدی فان ما احدث شیئا
فیه انما قصد دفع الاذی عن الطریق حتی لو جمع الکناسة فی الطریق
وتعقل بها انسان کان ضامنا لتعدیه بشغله ولو وضع حجرا
فنحاه غیره عن موضعه فعطب به انسان فالضمان علی الذی نحاه
لان حکم فعله قد انتسخ لفراغ ما شغله وانما اشتغل بالفعل الثانی
موضع آخر وفی الجامع الصغیر البالوعة یحفرها الرجل فی الطریق
فان امره السلطان بذلک او اجبره علیه لم یضمن لانه غیر متعد حیث
فعل ما فعل بامر من له الولایة فی حقوق العامة وان کان بغیر امره
فهو متعد اما بالتصرف فی حق غیره او بالافتیات علی رای الامام

البالوعة ثقب فی وسط الدار وکذا البلوعة ذکره فی الصحاح

والافتیات افتعال من الفوت وهو السبق الی الشیء دون ائتمار من یؤتمر ...

اوهو

او هو مباح مقید بشرط السلامة وکذا الجواب علی التفصیل فی جمیع
ما فعل فی طریق العامة مما ذکرناه وغیره لان المعنی لا یختلف وکذا ان
حفره فی ملکه لا یضمن لانه غیر متعد وکذا اذا حفره فی فناء داره لان له
ذلک لمصلحة داره والفناء فی تصرفه وقیل هذا اذا کان الفناء
مملوکا له او کان له حق الحفر فیه لانه غیر متعد اما اذا کان لجماعة المسلمین
او مشترکا بان کان فی سکة غیر نافذة فانه یضمن لانه مسبب متعد
وهذا صحیح ولو حفر فی الطریق ومات الواقع فیه جوعا او غما لا ضمان
علی الحافر عند ابی حنیفة رحمه الله لانه مات من معنی فی نفسه والضمان
انما یجب اذا مات من الوقوع وقال ابو یوسف ان مات جوعا فکذلک فان
مات غما فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوی الوقوع اما الجوع
لا یختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن فی الوجوه کلها لانه انما حدث
بسبب الوقوع اذ لولاه لکان الطعام قریبا منه وان استاجر اجراء
فحفروها له فی غیر فنائه فذلک علی المستاجر ولا شیء علی الاجراء ان لم یعلموا
انها فی غیر فنائه لان الاجارة صحت ظاهرا اذا لم یعلموا فنقل فعلهم الیه لانهم
کانوا مغرورین فصار کما اذا امر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان
الشاة لغیره الا ان هناک یضمن المامور ویرجع علی الآمر لان الذابح
مباشر والآمر مسبب والترجیح للمباشرة فیضمن ویرجع للغرور وههنا
یجب الضمان علی المستاجر ابتداء لان کل واحد منهما مسبب والاجیر غیر متعد
والمستاجر متعد فترجح جانبه وان علموا بذلک فالضمان علی الاجراء

لانه لم يصح امره بالبس بملوك له ولا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم و
ان قال لهم هذا فنائي وليس له فيه حق الحفر فحفروا فمات فيه انسان فالضمان
على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان
على المستاجر لان كونه فناء له بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف
فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان
الامر بالحفر في ملكه ظاهرا بالنظر الى ما ذكرناه فكفى ذلك لنقل الفعل اليه
قال ومن جعل قنطرة بغير اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها فعطب
فلا ضمان على الذي جعل قنطرة وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعمد
رجل المرور عليها لان الاول تعدي وهو تسبيب والثاني تعدي وهو مباشرة
فكانت الاضافة الى المباشر اولى ولان تخلل فعل فاعل مختار يقطع النسبة
كما في الحافر مع الملقي قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب
به فهو ضامن وكذا اذا سقط فتعثر به انسان وان كان رداء قد لبسه
فسقط فعطب به انسان لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق
ان حامل الشيء قاصد حفظه فلا حرج في التقييد بوصف السلامة واللابس
لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بما ذكرناه فجعلناه مباحا
مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس ما لا يلبسه فهو كالحامل لان الحاجة
لا تدعو الى لبسه قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه
قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان الذي
فعل ذلك من غير العشيرة ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن

في الوجهين

في الوجهين لان هذه من القرب وكل احد ماذون في اقامتها فلا يتقيد بشرط
السلامة كما اذا فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله
ان التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار
المتولي وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان
فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم يكون تعديا
او مباحا مقيدا بشرط السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ
الطريق كما اذا انفرد بالشهادة على الزنا والطريق فيما نحن فيه الاستئذان
من اهله وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة
وان كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء
الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه مارا او قعد فيه لحديث فهو على هذا
الاختلاف واما المعتكف فقد قيل على الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق
لهما ان المسجد انما بني للصلوة والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة
الا بانتظارها فكان الجلوس مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان
المنتظر للصلوة في الصلوة حكما بالحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة
وله ان المسجد بني للصلوة وهذه الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت
فجعلنا الجلوس للاصل مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط
اي للصلوة
السلامة ولا غرو ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد
بشرط السلامة كالرمي الى الكافر والى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد

اذا وطاء غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير العشيرة فيه للصلوة فتعقل به انسان ينبغي ان لا يضمن لان المسجد بنى للصلوة وامر الصلوة بالجماعة وان كان مفوضا الى اهل المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي فيه والله اعلم

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع منه مباشرة ولا مباشرة شرط هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان ان الحائط لما مال الى الطريق فقد اشتغل هواء المسلمين بملكه ورفعه في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه يجب عليه فاذا امتنع صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب الضمان عليه يمتنع من التفريغ فينقطع المارة حذرا على انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه ثم فيما تلف به من النفوس تجب الدية وتتحملها العاقلة لانه في كونه جناية دون الخطاء فيستحق فيه التخفيف بالطريق الاولى كيلا يؤدي الى استئصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالدواب والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل

لا تعقل المال والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند انكاره وكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يهي الحائط لانعدام التعدي ولو بنى الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف بسقوطه من غير اشهاد لان البناء تعدي ابتداء كما في اشراع الجناح وتقبل شهادة رجلين او رجل وامرأتين على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير بتركه جانيا ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في المرور فيصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة بالتفريغ فيتفرد به كل صاحب حق به **قال** وان مال الى دار رجل فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها ولو اجله صاحب الدار او ابراه منها او فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان الحق لهم بخلاف ما اذا مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري برئ من ضمانه لان الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال تمكنه بالبيع بخلاف اشراع الجناح لانه كان جانيا

بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان على المشتري لانه
لم يشهد عليه ولو اشهد عليه بعد شرائه فهو ضامن لتركه التفريغ مع تمكنه بعد
ما طولب والاصل انه يصح التقدم الى كل من يتمكن من نقض الحائط و
تفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر
والمودع وساكن الدار ويصح التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة
الفكاك والى الوصي والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر
الام في الزيادات والضمان في مال اليتيم لان فعل هؤلاء كفعله والى
المكاتب لان الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان
ولاية النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد وان
كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى و
ضمان المال اليق بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى احد
الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده لتمكنه من اصلاح
نصيبه بطريقه وهو المرافعة الى القاضي ولو سقط الحائط المائل على انسان
بعد الاشهاد فقتله فتعثر بالقتيل غيره فعطب لا يضمنه لان التفريغ
عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض ضمنه لان التفريغ اليه اذ
النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد على النقض لان المقصود
امتناع الشغل ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه
وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ
الى مالكها قال واذا كان الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل

انسانا

انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كان دار بين ثلثة
فحفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على
العاقلة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه نصف الدية على عاقلته
في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب
من لم يشهد عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما مر في عقر الاسد
ونهش الحية وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو
الثقل المقدر والعمق المقدر لان اصل ذلك ليس بعلة وهو القليل
حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة
الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة
علة للتلف بنفسها صغرت ام كبرت على ما عرف الا ان عند المزاحمة
اضيف الى الكل لعدم الاولوية

باب جناية البهيمة والجناية عليها

قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما
اصابت بيدها او برجلها او براسها او كدمت او خبطت وكذا اذا
صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في
طريق المسلمين مباح مقيد بشرط السلامة لانه يتصرف في حقه من وجه وفي
حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا
بما ذكرنا ليعتدل النظر من الجانبين ثم انما يتقيد بشرط السلامة فيما
يمكن الاحتراز عنه ولا يتقيد بها فيما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع من
التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء وما يضاهيه

ممكن فانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة
بالرجل والذنب لا يمكنه الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم يتقيد به
فان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف
وان لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق به
فيضمنه **قال** وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او
اثارت غبارا او حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن
وان كان حجرا كبيرا ضمن لانه في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير
الدواب لا يعرى عنه وفي الثاني ممكن لانه ينفك عن السير عادة وانما ذلك
بتعنيف الراكب والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف
قال فان راثت او بالت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن
لانه من ضرورات السير وكذا اذا اوقفها لذلك لان من الدواب ما لا
يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب انسان بروثها
او بولها ضمن لانه متعدي في هذا الايقاف لانه ليس من ضرورات السير
ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه ادوم منه فلا يلحق به والسائق
ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت بيدها
دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله هكذا ذكره القدوري في مختصره
واليه مال بعض المشايخ ووجهه ان النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه
الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر
المشايخ ان السائق لا يضمن النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها

ما يمنعها

ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لامكان كبحها بلجامه وبهذا ينطق
اكثر النسخ وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلهم لان فعلها
مضاف اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة
بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب
قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لانهما
مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة الى مكان الجناية
فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب الكفارة
فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على الراكب فيما وراء
الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لان
سير الدابة مضاف اليه وهي آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما الى
المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب
وكذا يتعلق بالايطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق
والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق
ما اوطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق مسبب والاضافة
الى المباشر اولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان واذا اصطدم
فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رض
يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر يروى ذلك عن علي رضي الله عنه
ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لانه بصدمته آلم
نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا

او جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق
بئرا فانهار عليهما يجب على كل منهما النصف فكذا هذا ولنا ان الموت مضاف
الى فعل صاحبه لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح
مستندا للاضافة في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها
لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح
في غيره سبب الضمان كالنائم اذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه
اوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا
وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق وهذا الذي
ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطا
لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير
فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لان كل واحد منهما هلك بعد ما جنى
ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطا تجب على عاقلة
الحر المقتول قيمة العبد فياخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر
المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لان على اصل ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب
القيمة على العاقلة لانه ضمان الآدمي فقد اخلف بدلا بهذا القدر فياخذه
ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على
عاقلة الحر نصف قيمة العبد لان المضمون هو النصف في العمد و
هذا القدر ياخذه ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف
دية الحر يسقط بموته الا قدر ما اخلف من البدل وهو نصف القيمة

قال

قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا
سائر ادواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لانه متعد في هذا التسبيب
لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد او الاحكام فيه بخلاف الرداء
لانه لا يشد في العادة ولانه قاصد لحفظ هذه الاشياء كما في المحمول
على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيتقيد بشرط السلامة
قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطا فان وطئ بعير انسانا
ضمن به القائد والدية على العاقلة لان القائد عليه حفظ القطار
كالسائق وقد امكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب
بوصف التعدي سبب للضمان الا ان ضمان النفس على العاقلة فيه
وضمان المال في ماله وان كان معه سائق فالضمان عليهما لان قائد
الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة وهذا اذا كان السائق
في جانب من الابل اما اذا توسطها واخذ بزمام واحد يضمن ما عطب
بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لان القائد لا يقود ما خلف
السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقائد لا يعلم فوطئ المربوط انسانا
فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لانه يمكنه صيانة القطار عن ربط
غيره فاذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة
كما في القتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذي اوقعهم
في هذه العهدة وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما مسبب

لان الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لان ايصال التلف
بالقود دون الربط قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لانه رابط
امر بالقود دلالة واذا لم يعلم به لا يمكنه التحفظ عن ذلك فيكون
قرار الضمان على الرابط اما اذا ربط والابل قيام ثم قادها ضمنها
القائد لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع
بما لحقه عليه قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سائقا فاصابت
في فورها يضمن لان الفعل انتقل اليه بواسطة السوق ولو ارسل طيرا
وساقه فاصاب في فوره لم يضمن والفرق ان بدن البهيمة يحتمل السوق
فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه
بمنزلة وكذلك لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم يضمن ولو ارسله
الى صيد ولم يكن له سائق فاخذ الصيد وقتله حل ووجه الفرق
ان البهيمة مختارة في فعلها ولا تصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف
فعلها الى غيره هذا هو الحقيقة الا ان الحاجة مست في الاصطياد فاضيف
الى المرسل لان الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا حاجة
في حق ضمان العدوان وعن ابي يوسف رح انه اوجب الضمان في
هذا كله احتياطا لاموال الناس قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط
اذا ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن
لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت
يمنة او يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه

وكذا

وكذا اذا وقفت ثم سارت بخلاف ما اذا وقف بعد الارسال في الاصطياد
ثم سار فاخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود المرسل
لانه لتمكنه من الصيد وهذه تنافي مقصود المرسل فينقطع حكم
الارسال وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب نفسا او مالا في فوره
لا يضمنه من ارسله وفي الارسال في الطريق يضمنه لان شغل الطريق
تعدي فيضمن ما تولد منه اما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب
الا بوصف التعدي ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فورها ضمن
المرسل وان مالت يمينا وشمالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر
ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على
صاحبها لقوله عليه السلام العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة
ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم ما يوجب النسبة اليه من الارسال
واخواته قال شاة لقصاب فقئت عينها ففيها ما نقصها لان المقصود
اللحم فلا يعتبر الا النقصان وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع
القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والفرس وقال الشافعي رحمه الله
فيها النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي ان النبي صلى الله
عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه ولان
فيها مقاصد سوى اللحم كالحمل والركوب والزينة والجمال والعمل
فمن هذا الوجه تشبه الادمي وقد تمسك للاكل فمن هذا الوجه تشبه
الماكولات فعملنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع وبالشبه الاخر

الانفلات

نوع حكومت
اى غرامت مصدرها
بطريق القاضى

فى نصف النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها باربع اعين عيناها
وعينى المستعمل فكانها ذات اعين اربع فيجب الربع بفوات احداها
ومن سار على دابته فى الطريق فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلاً
او ضربته بيدها او نفرت فصدمته وقتلته كان ذلك على الناخس
دون الراكب هو المروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما
ولان الراكب والمركب مدفوعان بدفع الناخس فاضيف
فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد فى تسبيبه
والراكب غير متعد فيترجح جانبه فى التغريم للتعدى حتى لو كان
واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين
لانه متعد فى الايقاف ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا
لانه بمنزلة الجانى على نفسه وان القت الراكب فقتلته كان ديته
على عاقلة الناخس لانه متعد فى تسبيبه وفيه الدية على العاقلة ولو
وثبت بنخسه على رجل او وطئته فقتلته كانت ديته على عاقلة
الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف فى ملكه والذى يسير
فى ذلك سواء وعن ابى يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على الناخس
والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطئ الدابة
والثانى مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن
الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه فى نفحتها
لانه امره بما يملكه اذ النخس فى معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه

النخس سرانگشت زدن يا بچوب
در کسی زدن مصادر

فقتلته

لمعنى الامر ولو وطئت رجلا فى سيرها وقد نخسها الناخس باذن
الراكب فالدية عليهما جميعا اذا كانت فى فورها الذى نخسها لان سيرها
فى تلك الحالة مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناوله
من حيث انه اتلاف فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان
علة للوطئ فالنخس ليس بشرط لهذه العلة بل هو شرط ~~لهذه العلة~~
او علة للسير والسير علة للوطئ وبهذا لا يترجح صاحب العلة كمن
جرح انسانا فوقع فى بئر حفرها غيره على قارعة الطريق ومات فالدية
عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل
يرجع الناخس على الراكب بما ضمن فى الايطاء لانه فعل بامره وقيل
لا يرجع وهو الاصح فيما اراه لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل
عنه وصار كما اذا امر صبيا يستمسك على الدابة بتسييرها فوطئت انسانا
ومات حتى ضمن عاقلة الصبى فانهم لا يرجعون على الامر لانه امر
بالتسيير والايطاء ينفصل عنه وكذا اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر
حتى ضمن لا يرجع على الامر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء فى فور
النخس حتى يكون السوق مضافا اليه واذا لم يكن فى فور ذلك فالضمان
على الراكب لانقطاع اثر النخس فبقى السوق مضافا الى الراكب على الكمال
ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت فى
فورها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سائق فنخسها غيره لانه
مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان فى رقبته واذا كان

بتسييرها امر

المناولة
چیزی باکسی
دادن

صبيًا فهو في ماله لانهما من خدائه بافعالهما ولو نخسها شيء منصوب
في الطريق فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء
لانه متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله

باب جناية المملوك والجناية عليه قال

واذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه اما ان تدفعه بها او تفديه
وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته يباع فيها الا ان يقضي المولى
الارش وفائدة الاختلاف في اتباع الجاني بعد العتق والمسئلة مختلفة
بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في موجب الجناية ان يجب
على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل عنه ولا عاقلة للعبد لان
العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه فيجب في ذمته كما في
الدين ويتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على المال ولنا ان الاصل
في الجناية على الادمي حالة الخطا ان يتباعد عن الجاني تحرزا عن استيصاله — الاستيصال از بن بركندن منه
والاجحاف له اذ هو معذور فيه حيث لم يتعمد الجناية وتجب على عاقلة
الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به و
الاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى تجب على اهل الديوان بخلاف
الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة فتجب في ذمته صيانة للدم
عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العواقل لا تعقل المال الا انه
يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفي اثبات الخيرة نوع تخفيف
في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح

وخيرته بين الشيئين اي فوضت اليه الخيار صحاح

ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات محل الواجب وان كان
له حق النقل الى الفداء كما في مال الزكوة بخلاف موت الجاني الحر لان
الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في صدقة الفطر قال
فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها وكل ذلك يلزمه
حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان باطل وعند اختياره
الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العبد في الشرع وان
كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه وياخذ حكمه فلهذا
وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي الجناية
اما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الولي يسقط
واما الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له
فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل
حقه على ما بيناه وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرا لتحول الحق
من رقبة العبد الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية
حكم الاولى معناه بعد الفداء لانه لما طهر عن الجناية بالفداء جعل كان
لم تكن وهذا ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان
تدفعه الى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه
بارش كل واحد منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية
به كالديون المتلاحقة الا يرى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية
فحق المجني عليه الاول اولى ان لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على

حقيهما

فقد ارش جنايتهما وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على
قدر حصصهم وان فداه فداه بجميع اروشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا
وفقأ عين آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من
ارش النفس وعلى هذا حكم الشجات وللمولى ان يفدي من بعضهم
ويدفع الى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لان الحقوق
مختلفة باختلاف اسبابها وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول
العبد اذا كان له وليان لم يكن له ان يفدي من احدهما ويدفع
الى الآخر لان الحق متحد لاتحاد سببه وهي الجناية المتحدة والحق يجب
للمقتول ثم للوارث خلافة عنه فلا يملك التفريق في موجبها قال فان
اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها
وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول فوت
حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه لا اختيار
بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنعه من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذين الوجهين البيع والهبة
والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به
بخلاف الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية
فان المقر له يخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لجواز ان الامر
كما قاله المقر والحقه الكرخي بالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر
فيستحقه المقر له باقراره فاشبه البيع واطلاق الجواب في الكتاب

ينتظم

ينتظم النفس وما دونها وكذا المعنى لا يختلف واطلاق البيع ينتظم
البيع بشرط الخيار للمشتري لانه يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار
للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع لان الملك ما زال ولو باعه
بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان الزوال به بخلاف الكتابة
الفاسدة لان موجبه يثبت قبل قبض البدل فيصير بنفسه مختارا
ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه
منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون البيع
واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان
فعل المامور مضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما
بالجناية لانه حبس جزءا منه وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن
معلقا لما قلنا بخلاف التزويج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف
وطء الثيب على ظاهر الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام
لانه لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا
بالاجارة والرهن في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين
لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا ان لولي الجناية ان
يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى فيلزم المولى قيمته
قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت
حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا
لان وقت تكلمه لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية لم يوجد منه



فعلًا بصيرورته مختارًا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق بالشرط ثم
حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا
يحنث في يمينه تلك كذا هذا قلنا انه علق الاعتاق بالجناية والمعلق
بالشرط ينزل عند الشرط كالمنجز فصار كما اذا اعتقه بعد الجناية
الا يرى ان من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك يصير
ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت فانت
طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارًّا لانه
يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اورد لان غرضه طلاق
او عتق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته ما لا يمكن
الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق اقوى الدواعي
اليه والظاهر انه يفعله وهذا دلالة الاختيار **قال** واذا قطع
العبد يد رجل عمدا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات
من اليد فالعبد صلح بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى
وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه ووجه ذلك انه اذا لم يعتقه
وسرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح كان عن المال لان
اطراف العبد لا يجري القصاص بينها وبين اطراف الحر فاذا سرى تبين
ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود فكان الصلح واقعا
بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة الثلث
في عدتها مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه

فانه لا يصير شبهة في درء الحد كما

لان

لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له
الا وان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها ولهذا لو نص عليه
ورضي المولى به يصح وقد رضي به لانه لما رضي بكون العبد عوضا
عن القليل يكون ارضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في
ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول
وقع باطلا فيرد العبد الى المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل
وذكر في بعض النسخ رجل قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة
يده على عبد ودفعه اليه فاعتقه المقطوعة يده ثم مات من ذلك
فان العبد صلح بالجناية الى اخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع
يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث
لا يجب القصاص هنالك وههنا قال يجب قيل ما ذكر ههنا جواب القياس
فيكون الوضعان جميعا على القياس والاستحسان وقيل بينهما فرق
ووجهه ان العفو عن اليد صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث
الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد ذلك وان بطل حكما بقي موجودا
حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل
يقررها حيث صالح عنها على مال فاذا لم تبطل الجناية لم تمنع العقوبة
هذا لم يعتقه اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرناه من قبل **قال**
واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم
يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية

لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد
الدفع للاولياء والبيع للغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع
بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم
يباع للغرماء فيضمنهما بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث يجب
قيمة واحدة للمولى ويدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن
للمولى بحكم الملك فلا يظهر في مقابلته الحق لانه دونه وههنا يجب
لكل واحد منهما باتلاف الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما **قال**
واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت فانه يباع الولد
معها في الدين وان جنت جناية لم يدفع الولد معها والفرق ان
الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها استيفاء
فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع
في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع
والسراية في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية **قال** واذا
كان العبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك
الرجل خطأ فلا شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على
العاقلة وابرأ العبد والمولى الا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة
قال واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا عبد وقال
الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما
انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف

رقه والوجوب في جناية العبد على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا
قال البالغ العاقل طلقت امرأتي وانا صبي او بعت داري وانا صبي
او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد كان جنونه معروفا فالقول
قوله لما ذكرنا **قال** ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت
امتي وقالت قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها
الا الجماع والغلة وهذا استحسان وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيئا بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر
وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في
المسئلة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها
حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهو منكر والقول
للمنكر فلهذا يؤمر بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى
ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره فقأت عينك
اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها
وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه ما اسنده
الى حالة معهودة منافية للضمان لانه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة
وكذا يضمن مال الحربي اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء و
الغلة لان وطء المولى امته المديونة لا يوجب العقر وكذا اخذه من
غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى
حالة معهودة منافية للضمان **قال** واذا امر العبد المحجور عليه صبيا

بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل حقيقة وعمده
وخطاؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا اذا كان الآمر
صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع و
ما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجعون
على العبد الآمر بعد الاعتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال
لا لنقصان اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية **قال** وكذلك
ان امر عبدا معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما
يخاطب مولى القاتل بالدفع او الفداء ولا رجوع له على الاول في الحال
ويجب ان يرجع بعد العتق باقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر
في دفع الزيادة وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد
القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما اذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين
الحر والعبد **قال** واذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان
فعفا احد وليي كل واحد منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه
بعشرة الاف درهم لانه لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص
وانقلب لا قصاص كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في
الرقبة او في عشرين الفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي
النصف وان كان قتل احدهما عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد
فان فداه المولى فداه بخمسة عشر الفا خمسة الاف للذي لم يعف من
وليي العمد وعشرة الاف لوليي الخطأ لانه لما انقلب العمد مالا كان

قيمتي

حق

حق وليي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق احد وليي العمد في نصفها
خمسة الاف ولا تضايق في الفداء فيجب خمسة عشر الفا وان دفعه
دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لوليي الخطأ وثلثه لغير العافي من وليي العمد
عند ابي حنيفة رض وقالا يدفعه ارباعا ثلاثة ارباعه لوليي الخطأ وربعه
لولي العمد فالقسمة عندهما بطريق المنازعة فيسلم النصف لوليي
الخطأ بلا منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فيتنصف
ولهذا يقسم ارباعا وعنده يقسم بطريق العول والمضاربة اثلاثا لان
الحق تعلق بالرقبة اصله التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذا
بالكل وذلك بالنصف **قال** واذا كان عبد بين رجلين فقتل مولى
لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رض وقالا
يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض
النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمهما الله

فصل

ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة الاف درهم الا عشرة
فان كانت قيمته عشرة الاف درهم او اكثر قضى له بعشرة الاف الا عشرة
وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة الاف الا عشرة وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته
بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته عشرون الفا فهلك في يده تجب قيمته
بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى
وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل العبد المبيع قبل القبض

يبقى العقد وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا وصار كقليل القيمة وكالغصب
ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله اوجبها
مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة الآدمية ولان فيه معنى الآدمية
حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما فيجب اعتبارها
باهدار الادنى عند تعذر الجمع بينهما وضمان الغصب باعتبار
المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد يتبع الفائدة حتى
يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية فكذلك
امر الدية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا انه لا سمع
فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة
الاف ونقصنا منها في العبد اظهارا لانحطاط رتبته وتعيين العشرة
باثر عبد الله ابن عباس رضي الله عنهما قال وفي يد العبد نصف قيمته لا
يزاد على خمسة الاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر
بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لانحطاط رتبته وكل ما يقدر من دية
الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ
هو بدل الدم على ما قررناه قال وان غصب امة قيمتها عشرون الفا
فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب ضمان المالية
قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة
غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح
وقال محمد رحمه الله لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه

ذلك

ذلك الى ان اعتقه ويبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول
لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الثاني يكون
للورثة فيتحقق الاشتباه ويتعذر الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى
وفيه الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملكين في الحالين بخلاف
العبد الموصى بخدمته لرجل وبرقبته لاخر اذا قتل لان ما لكل منهما من
الحق ثابت من دون الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه
ولمحمد رحمه الله في الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى ان
سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة
بالولاء على اعتبار الاخرى فنزل منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه
كما اذا قال لاخر بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك
لا يحل له وطؤها ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا
سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت
الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضي له معلوم والحكم متحد فوجب
الحكم بالاستيفاء بخلاف الفصل الاول لان المقضي له مجهول ولا معتبر باختلاف
السبب هنا لان الحكم لا يختلف بخلاف تلك المسألة لان ملك اليمين يغاير
ملك النكاح حكما والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق
وذلك في الخطأ دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة
الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للميت لحريته

فيقضي منه ديونه وتنفذ وصاياه فجاء الاشتباه واما العمد فموجبه
القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق
له فالمولى هو الذي يتولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له
الحق فاذا امتنع القصاص في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد
وما نقصه من وقت الجرح الى وقت الاعتاق لانه حصل على ملكه و
بطل الفضل وعندهما الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله في الثاني
ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما
للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا
مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل تجب دية حر وقيمة عبد والفرق
ان البيان انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة
بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان
فاعتبرناه اظهارا محضا واحدهما حر بيقين فيجب قيمة عبد ودية حر
بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن
بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يابى ثبوت
العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدة وانما صححناه ضرورة صحة التصرف
واثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة
وهي في النفس دون الاطراف فبقي مملوكا في حقها قال ومن فقا عيني
عبد فان شاء المولى دفع عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من
النقصان عند ابي حنيفة رض وقالا ان شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء

دفع العبد واخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك
الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي على ملكه كما اذا قطع
احدى يديه او فقا احدى عينيه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات
وهي معتبرة في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه
واذا كانت معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس
المنفعة والضمان يتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة
دفعا للضرر ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقا عيني حر لانه ليس
فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل الانتقال من ملك
الى ملك وفي قطع احدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد
تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا
وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان
من خرق ثوب غيره خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه
وضمنه قيمته وان شاء امسك الثوب وضمنه النقصان وله
ان المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية غير مهدرة فيه
وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر المولى
بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان موجب الجناية
على المال ان تباع رقبته فيها ثم من احكام الاولى ان لا ينقسم على
الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك
الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم

فصل

في جناية المدبر وأم الولد قال وإذا جنى المدبر أو أم الولد جناية
ضمن المولى الأقل من قيمته ومن أرشها لما روي عن أبي عبيدة رضي الله عنه
أنه قضى بجناية المدبر على مولاه ولأنه صار مانعا تسليمه في الجناية
بالتدبير أو الاستيلاد من غير اختياره الفداء فصار كما إذا
فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وإنما يجب الأقل من قيمته ومن
الأرش لأنه لا حق لولي الجناية في أكثر من الأرش ولا منع من المولى
في أكثر من القيمة ولا تخيير بين الأقل والأكثر لأنه لا يفيد في جنس
واحد لاختياره الأقل لا محالة بخلاف القن لأن الرغبات صادقة
في الأعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وإن
توالت لا توجب إلا قيمة واحدة لأنه لا منع منه إلا في رقبة واحدة
ولأن دفع القيمة كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون
بالحصص فيها وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لأن
المنع في هذا الوقت يتحقق فإن جنى جناية أخرى وقد دفع المولى القيمة
إلى ولي الجناية الأولى بقضاء فلا شيء عليه لأنه مجبور على الدفع
وإن كان المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار إن شاء
اتبع المولى وإن شاء اتبع ولي الجناية وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه
وقالا لا شيء على المولى لأنه حين دفع لم تكن الجناية الثانية موجودة
فقد دفع كل الحق إلى مستحقه وصار كما إذا دفع بالقضاء ولأبي حنيفة رضي الله عنه
أن المولى جان بدفع حق ولي الجناية الثانية طوعا وولي الأولى

ضامن بقبض حقه ظلما فيتخير وهذا لأن الثانية مقارنة حكما من
وجه ولهذا يشارك ولي الجناية الأولى ومتأخرة حكما من حيث
أنه تعتبر قيمته يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق
التضمين لإبطاله ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين
وإذا أعتق المولى المدبر وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة لأن
الضمان إنما وجب عليه بالمنع فصار وجود الإعتاق من بعد
بمنزلته وأم الولد بمنزلة المدبر في جميع ما وصفنا لأن الاستيلاد مانع
من الدفع كالتدبير وإذا أقر المدبر بجناية لم يجز إقراره ولا يلزمه
به شيء عتق أو لم يعتق لأن موجب جناية الخطأ على سيده وإقراره
به لا ينفذ على السيد

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه
قيمته أقطع وإن كان المولى قطع يده في يد الغاصب فمات من ذلك
في يد الغاصب لا شيء عليه والفرق أن الغصب قاطع للسراية لأنه سبب
الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد
القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية مضافة إلى البداية فصار المولى
متلفا فيصير مستردا كيف وأنه استولى عليه وهو استرداد فيبرأ
الغاصب عن الضمان قال وإذا غصب العبد المحجور عليه عبدا
محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله قال
ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لأن المولى بالتدبير السابق عجز
نفسه عن الدفع من غير أن يصير مختارًا للفداء فيصير مبطلًا حق
أولياء الجناية إذ حقهم فيه ولم يمنع إلا رقبة واحدة فلا يزاد على
قيمتها وتكون بينهم ولأولياء الجنايتين نصفين لاستوائهما في الموجب
قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب لأنه استحق نصف
البدل بسبب كان في يد الغاصب فصار كما إذا استحق نصف
العبد بهذا السبب قال ويدفعه إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع
بذلك على الغاصب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله يرجع بنصف قيمته فيسلم له لأن الذي يرجع به المولى
على الغاصب عوض ما سلم لولي الجناية الأولى فلا يدفعه إليه كيلا يؤدي
إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وكيلا يتكرر الاستحقاق
ولهما أن حق الأول في جميع القيمة لأنه حين جنى في حقه لا يزاحمه أحد
وإنما ينتقص باعتبار مزاحمة الثاني فإذا وجد شيئًا من بدل العبد
في يد المالك فارغًا يأخذه ليتم حقه وإذا أخذه منه يرجع المولى بما أخذه
على الغاصب لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب قال وإن
كان جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته
بينهما نصفين ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا في الفصل الأول
غير أن استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية إذ كانت في يد الغاصب
فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا بالإجماع

بخلاف

بخلاف الفصل الأول ثم وضع المسألة في العبد قال ومن غصب عبدًا
فجنى في يده ثم رده فجنى جناية أخرى فإن المولى يدفعه إلى ولي الجنايتين
ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة فيدفعه إلى الأول ويرجع به على الغاصب
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع
بنصف القيمة فيسلم له وإن جنى عند المولى جناية ثم غصبه فجنى في يده
دفعه المولى نصفين ويرجع بنصف قيمته فيدفعه إلى الأول ولا يرجع
به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما ذكرنا إلا أن في هذا الفصل
يدفع المولى العبد وفي الأول يدفع القيمة قال ومن غصب مدبرًا
فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته
بينهما نصفين لأنه منع رقبة واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم
يرجع بقيمته على الغاصب لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع
نصفها إلى ولي الأولى لأنه استحق كل القيمة لأن عند وجود الجناية عليه
لا حق لغيره وإنما انتقص بحكم المزاحمة من بعد قال ويرجع به على
الغاصب لأن الاستحقاق بسبب كان في يده ويسلم له ولا يدفعه إلى
ولي الجناية الأولى ولا إلى ولي الجناية الثانية لأنه لا حق له إلا في النصف
لسبق حق الأول وقد وصل ذلك إليه ثم قيل هذه المسألة على الاختلاف
كالأولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله أن في الأولى الذي يرجع به
عوض عما سلم لولي الجناية الأولى لأن الثانية كانت في يد المالك فلو
دفع إليه ثانيًا يتكرر الاستحقاق أما في هذه المسألة يمكن أن يجعل عوضًا

عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى ما ذكرناه **قال**
ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه شيء وان مات
من صاعقة او نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا استحسان
والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
لان الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه
حر يدا فاذا كان الصغير حرا رقبة ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن
بالغصب ولكن يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض
مسبعة او الى مكان الصواعق وهذا لان الصواعق والحيات والسباع
لا تكون في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعد فيه وقد ازال حفظ الولي
فيضاف اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر
في الطريق بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن
حتى لو نقله الى موضع يغلب فيه الحمى او الامراض نقول انه يضمن
وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا **قال** واذا اودع صبي عبدا
فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لا يضمن وهذا عند
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي رحمهما الله يضمن في الوجهين
وعلى هذا اذا اودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان
في الحال عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف
والشافعي رحمهما الله يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة
في العبد والصبي وقال محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي

ارض مسبعة بالفتح
اى ذات سباع

الجامع الكبير وضع المسألة في صبي ابن اثنتي عشرة وهذا يدل على ان غير العاقل
يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف
مالا معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة
عبدا وكما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
انه اتلف مالا غير معصوم فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه باذنه ورضاه
وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال
في يد مانعة فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ
ولا اقامة ههنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف البالغ
والماذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا
لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية في حق الدم وبخلاف ما اذا اتلفه
غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره **قال**
وان استهلك مالا ضمن يريد به من غير ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله
وصحة القصد لا معتبر بها في حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم
يتخيرهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وقال الشافعي رحمه الله
اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين يمينا ويقضى لهم بالدية على المدعى
عليه عمدا كانت الدعوى او خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا
كانت الدعوى في العمد وهو احد قولي الشافعي رحمه الله واللوث
عندهما ان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه او ظاهر

يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شهادة عدل او جماعة غير عدول
ان اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا
وللشافعي رحمه الله في البداية بيمين الولي قوله عليه السلام للاولياء فيقسم
منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين تجب على من يشهد له
الظاهر ولهذا تجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي يبدا بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كما في النكول
غير ان هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال
يجب معها فلهذا وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على
المدعي واليمين على من انكر وروى ابن المسيب ان النبي عليه السلام
بدا باليهود بالقسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم
ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق وحاجة الولي الى
الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فاولى ان لا يستحق
به النفس المحترمة وقوله يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار تعيين
الخمسين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه
بالقتل او صالحي اهل المحلة لما ان تحرزهم عن اليمين الكاذبة
ابلغ التحرز فيظهر القاتل وفائدة اليمين النكول فان كانوا
لا يباشرون ويعلمون يفيد يمين الصالح على العلم بابلغ مما
يفيد يمين الطالح ولو اختاروا اعمى او محدودا في قذف جاز لانه
يمين وليس بشهادة واذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية

ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام
في حديث عبد الله بن سهل يبريكم اليهود بايمانها ولان اليمين عهد
في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما كما في سائر الدعاوى ولنا انه
عليه السلام جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث
زياد بن ابي مريم وكذا جمع عمر رضي الله عنه بينهما على وادعة وقوله
عليه السلام يبريكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس وكذا
اليمين مبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا
نكلوا بل شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقروا
بالقتل فاذا حلفوا حصلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل
الموجود منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت
بتقصيرهم في المحافظة كما في القتل الخطا ومن ابى منهم اليمين حبس
حتى يحلف لان اليمين فيه مستحقة لذاتها تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع
بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل
حقه ولهذا تسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا تسقط ببذل الدية
هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى
على البعض لا باعيانهم والدعوى في العمد او في الخطا لانهم لا يتميزون
عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم سنذكره من بعد ان شاء الله
قال وان لم يكمل اهل المحلة كررت الايمان عليهم حتى تتم خمسين
لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى في القسامة وافى اليه تسعة واربعون رجلا

فكرر اليمين على رجل منهم حتى تتم خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح
والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها
ما امكن ولا يطلب فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه
استعظام امر الدم فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على
احدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال قال
ولا قسامة على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح
واليمين قول قال ولا امراة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة
واليمين على اهلها وان وجد ميتا لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه
ليس بقتيل اذ القتيل في العرف من فاتت حياته بسبب يباشره
حي وهذا ميت حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة
احتمال القتل ثم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على
كونه قتيلا وذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا
اذا كان خرج الدم من عينه او اذنه لانه لا يخرج منها الا بفعل من
جهة الحي عادة بخلاف ما اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج
من هذه المخارج عادة بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو
وجد بدن القتيل او اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس
في محلة فعلى اهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول
او وجد اقل من النصف ومعه الراس او وجد يده او رجله او راسه
فلا شيء عليهم لان هذا حكم عرفناه بالنص وقد ورد به في البدن الا ان

الاكثر حكم الكل تعظيما للادمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدن ولا ملحق به
ولانا لو اعتبرناه تتكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفس واحدة
ولا تتواليان والاصل فيه ان الموجود الاول ان كان بحال لو وجد الباقي
تجري فيه القسامة لا تجب فيه وان كان بحال لو وجد الباقي لا تجري فيه القسامة
تجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلاة الجنازة في هذا تنسحب على هذا الاصل لانها
لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس به اثر الضرب فلا شيء على
اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به اثر الضرب وهو تام
الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر ان تام الخلق ينفصل
حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم لانه ينفصل ميتا لا حيا قال
وان وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل
المحلة لانه في يده فصار كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها
فان اجتمعوا فعليهم لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم
قال وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي
ان النبي عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن
عمر رضي الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين وادعة وارحب
كتب بان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى وادعة اقرب فقضى
عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كانت بحيث يبلغ اهله الصوت
لانه اذا كانت بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا
قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده

والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل السكان في
القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة وهو قول محمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى
الا ترى انه عليه السلام جعل القسامة والدية على اليهود وان كانوا سكانا
بخيبر ولهما ان المالك هو المختص بنصرة البقعة دون السكان لان
سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق
التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام اقرهم على املاكهم فكان ياخذ
منهم على وجه الخراج قال وهي على اهل الخطة دون المشترين وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله الكل مشتركون
لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ وبهذا الطريق
يجعل جانيا مقصرا والولاية بطريق الملك وقد استووا فيه ولهما ان
صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف ولانه اصيل
والمشتري دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى
ذلك على ما شاهد بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل
الخطة لما بينا وان لم يبق واحد منهم بان باعوا كلهم فهو على المشترين لان الولاية
انتقلت اليهم او خلصت لهم لزوال من يتقدمهم الى مزاحمهم وإذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار وعلى قومه وتدخل العاقلة في القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار يكرر عليه
الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف رحمه الله

لا قسامة

لا قسامة على العاقلة لان رب الدار اخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها
كاهل المحلة لا يشاركهم فيها عاقلتهم ولهما ان الحضور لزمتهم نصرة
البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال واذا وجد
القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل ولاخر ما بقي فهو على
رؤس الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا
سواء في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال
ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فالدية على عاقلة البائع
وان كان في البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذي في يده وهذا عند ابي
حنيفة رضي الله عنه وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري وان كان فيه
خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه انما انزل قاتلا باعتبار التقصير
في الحفظ ولا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك و
لهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون المودع والملك للمشتري
قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما
في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ باليد لا بالملك الا ترى انه يقدر
على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر بالملك دون اليد وفي البات اليد
للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما قبل القبض لانه دون البات
ولو كان المبيع في يد المشتري والخيار له فهو اخص الناس به تصرفا ولو
كان الخيار للبائع فهو في يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر
يده اذ بيده يقدر على الحفظ قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل

لم تعقله العاقلة حتى تشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا بد من الملك
لصاحب اليد حتى تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك لكنها
محتملة فلا تكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا تكفي لاستحقاق الشفعة
في الدار المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل
في سفينة فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم
واللفظ يشمل اربابها حتى تجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان
وكذا على من يمدها والمالك في ذلك وغير المالك سواء وكذلك العجلة
وهذا على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله ظاهر والفرق لهما ان السفينة
تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة و
الدار لانها لا تنقل قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها
لان التدبير فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع والشارع الاعظم
فلا قسامة فيه والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم و
كذلك الجسور للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد
في السوق ان كان مملوكا فعند ابي يوسف رحمه الله تجب على السكان وعندهما
على المالك وان لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها ففي بيت
المال لانه لجماعة المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى
قول ابي يوسف رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان و
ولاية التدبير اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان
اهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة

ولانه

ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع
عليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلف فيها بين ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وان وجد في برية ليس بقربها عمارة
فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت لانه اذا كان
بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير وهذا اذا
لم تكن مملوكة لاحد اما اذا كانت مملوكة فالقسامة والدية على
عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بيناه وان
وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر لانه ليس في يد احد
ولا في ملكه وان كان محتبسا بالشاطئ فهو على اقرب القرى من ذلك
المكان على التفسير الذي تقدم لانه اختص بنصرة هذا الموضع فهو
كالموضوع على الشط والشط في يد من هو بقرب منه الا ترى انهم
يستقون منه الماء ويوردون دوابهم فيها بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه فتكون القسامة
والدية عليهم قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه
لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان
قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عليهم ووجه الفرق
هو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا
منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف ما اذا عين من غيرهم لان
في ذلك بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم

لكونهم قتلة تقديرًا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولأن اهل المحلة
لا يغرمون بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا
ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط لفقد شرطه واذا
التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة لان القتيل
بين اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الاولياء على اولئك او على رجل
منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة
اهل المحلة عن القسامة قال ولا على اولئك حتى يقيموا البينة لان
بمجرد الدعوى لا يثبت الحق للحديث الذي رويناه اما انه يسقط
به الحق عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد قتيل
في معسكر اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في
خباء او فسطاط فعلى من يسكنها الدية والقسامة وان كان خارجا
من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك
وان كان القوم لقوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة
ولا دية لان الظاهر ان العدو قتله فكان هدرا وان لم يلقوا
عدوا فعلى ما بيناه وان كان للارض مالك فالعسكر كالسكان
فيجب على المالك عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله وقد
ذكرناه قال واذا قال المستحلف قتله فلان استحلف بالله ما
قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه يريد اسقاط الخصومة
عن نفسه بقوله فلا يقبل فيحلف على ما ذكرنا لانه لما اقر بالقتل

على

على واحد صار مستثنى عن اليمين فبقي حكم من سواه فيحلف عليه قال
واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل من غيرهم انه قتل لا تقبل
شهادتهم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية
ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية بدعوى الولي القتل على
غيرهم فتقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة
وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل
شهادتهم وان خرجوا من جملة الخصوم كالوصي اذا خرج من الوصاية
بعد ما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذين الاصلين يتخرج
كثير من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من اهل المحلة بعينه
فشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة لان الخصومة
قائمة مع الكل على ما بيناه والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما
وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله ما قتلنا ولا
يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال ومن جرح
في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب
فراش حتى مات فالقسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة
رضي الله عنه وقال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان
الذي حصل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه و
صار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل
به الموت صار قتلا ولهذا وجب القصاص فان كان صاحب فراش

فا

اضيف اليه وان لم يكن احتمل ان يكون الموت من غير الجرح فلا
يلزم بالشك ولو ان رجلا معه جريح به رمق حمله انسان
الى اهله فمكث يوما او يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول
ابي يوسف رحمه الله وفي قياس قول ابي حنيفة رحمه الله يضمن لان
يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده فيها وقد ذكرنا
وجهي القولين فيما قبله من مسئلة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا
في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند ابي حنيفة رضي الله عنه و
قال ابو يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لان الدار في يده حين
وجد الجريح فيجعل كانه قتل نفسه فيكون هدرا وله ان القسامة
انما تجب بناء على ظهور القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات
قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف
المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان حال الظهور قتله بقيت الدار
على حكم ملكه فيصير كانه قتل نفسه فيهدر دمه ولو ان رجلين كانا
في بيت وليس معهما ثالث وجد احدهما مذبوحا قال ابو يوسف رحمه الله
يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لانه يحتمل انه قتل
نفسه ويحتمل انه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولابي يوسف رحمه الله
ان الظاهر ان الانسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا
كما اذا وجد قتيلا في محلة ولو وجد قتيلا في قرية لامراة فعند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله عليها القسامة تكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها

والرمق بقية الروح صحاح

اقرب القبائل اليها في النسب وقال ابو يوسف رحمه الله القسامة على
العاقلة ايضا لان القسامة انما تجب على من كان من اهل النصرة
والمراة ليست من اهلها فاشبهت الصبي ولهما ان القسامة لنفي
التهمة وتهمة القتل من المراة متحققة قال المتاخرون ان المراة
تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسئلة لانا انزلناها قاتلة والقاتلة
تشارك العاقلة ولو وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية
ليس صاحب الارض من اهلها قال هو على صاحبها لانه احق بنصرة
ارضه من اهل القرية

كتاب المعاقل

قال المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لانها تعقل
الدماء من ان تسفك اي تمسك قال والدية في شبه العمد والخطا
وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة والعاقلة الذين
يعقلون يعني يؤدون العقل وهو الدية وقد ذكرناه في الديات
والاصل في وجوبها على العاقلة قوله عليه السلام في حديث حمل بن مالك
للاولياء قوموا فدوه ولان النفس محترمة لا وجه الى الاهدار و
الخاطئ معذور وكذا الذي تولى شبه العمد نظرا الى الآلة فلا
وجه الى ايجاب العقوبة عليه وفي ايجاب مال عظيم اجحافه واستئصاله
فيصير عقوبة فضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما خصوا
بالضم لانه انما قصر لقوة فيه وتلك بانصاره وهم العاقلة فكانوا هم
المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال والعاقلة اهل الديوان

ان كان القاتل من اهل الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين
واهل الديوان اهل الرايات وهم اهل الجيش الذين كتبت اساميهم
في الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على اهل العشيرة
لانه كان كذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نسخ بعده ولانه
صلة والاولى بها الاقارب ولنا قضية عمر رضي الله عنه فانه لما دون
الدواوين جعل العقل على اهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة
رضي الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان
العقل كان على اهل النصرة وقد كانت بانواع بالقرابة والحلف
والولاء والعد وفي عهد عمر رضي الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها
على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم تناصرهم
بالحرف فعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاهله والدية
صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في اصول
اموالهم والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي عليه السلام و
محكي عن عمر رضي الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء
يخرج في كل سنة مرة واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلاثة
او اقل اخذ منها لحصول المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين
المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء
ثم خرجت بعد القضاء لا يؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء على ما نبين
ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة معناه

في المستقبلة يؤخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية في ثلث
سنين فكل ثلث منها في سنة واذا كان الواجب بالقتل ثلث دية
النفس او اقل كان في سنة واحدة وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين
في السنة الثانية وما زاد على ذلك الى تمام الدية في السنة الثالثة
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا
فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على القاتل في ماله
فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق به العمد المحض
ولنا ان القياس يأباه والشرع ورد به مؤجلا فلا يتعداه ولو قتل
عشرة رجلا خطا فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا للجزء
بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت
القضاء بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء
فيعتبر ابتداؤها من وقته كما في ولد المغرور قال ومن لم يكن من
اهل الديوان فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل
قال ويقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل
سنة وينقص منها قال رضي الله عنه ذكر القدوري كذا في مختصره و
هذا اشارة الى انه يزاد على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله
على انه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلث سنين على ثلثة
او اربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم ودرهم وثلث
درهم وهو الاصح قال وان لم يكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم

اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم الاقرب فالاقرب
على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم واما الابناء
والاباء فقيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى
لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند
الكثرة والاباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الرايات اذا لم يتسع
لذلك اهل راية ضم اليهم اقرب الرايات يعني اقربهم نصرة اذا حزبهم
امر الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به ثم هذا
كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيستوي
بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة دراهم
عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي احط رتبة منها الا ترى انه لا يؤخذ
من اصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلة
الرجل اصحاب الرزق يقضى بالدية في ارزاقهم في ثلث سنين في كل سنة
الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم مقامه اذ كل منهما
صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم تخرج في كل سنة فكما
خرج رزق يؤخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان كان يخرج في
كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يؤخذ منه سدس الدية وان كانت
تخرج في كل شهر يؤخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون
المستوفى في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء بيوم او اكثر
اخذ من رزق ذلك الشهر بحصته الشهر وان كانت لهم ارزاق في كل

شهر

شهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لانه
ايسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعسر
الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان قائمين بالنصرة
فيتيسر عليهم قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدى
كاحدهم لانه هو الفاعل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره وقال
الشافعي رحمه الله لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل
في النفي عنه والجامع كونه معذورا قلنا ايجاب الكل اجحاف به ولا
كذلك ايجاب الجزء ولو كان الخاطئ معذورا فالبريء اولى قال الله
تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذرية ممن كان
له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي
ولا امراة ولان العقل انما يجب على اهل النصرة لتركهم مراقبته والناس
لا يتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف
عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا
شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل
باعتبار انه احد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد فيهما والفرض
لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام ورضي عنهن
ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل
مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو
كان باعتبار القرب في السكنى فاهل مصره اقرب اليه من اهل مصر آخر

ويعقل أهل كل مصر من أهل سوادهم لأنهم أتباع أهل المصر فإنهم
إذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلهم أهل المصر باعتبار معنى
القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل
عنه أهل الكوفة لأنه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه فالحاصل أن
الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة و
النسب والولاء وقرب السكنى وغيره وبعد الديوان النصرة بالنسب
على ما بيناه وعلى هذا يخرج كثير من صور مسائل المعاقل ومن
جنى جناية من أهل المصر وليس له في الديوان عطاء وأهل البادية أقرب
إليه من أهل المصر ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك
المصر لم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة وقيل
هو صحيح لأن الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم
أهل الديوان من أهل المصر ولا يخصون به أهل العطاء وقيل
تأويله إذا كان قريبا لهم وفي الكتاب أشار إلى حرف فقال وأهل
البادية أقرب إليه من أهل المصر وهذا لأن الوجوب بحكم القرابة
وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار
نظير مسألة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي نازلا في المصر
لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر لأن أهل العطاء لا ينصرون
من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا يعقلون عن أهل المصر النازل
فيهم لأنه لا ينتصر بهم وإن كان لأهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون

بها

بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لأنهم التزموا أحكام
الإسلام في المعاملات لا سيما في المعاني العاصمة عن الإضرار ومعنى
التناصر موجود في حقهم وإن لم يكن له عاقلة معروفة فالدية في ماله
في ماله ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما في حق المسلم لما بينا أن
الوجوب على القاتل وإنما يتحول عنه إلى العاقلة أن لو وجدت فإذا لم
توجد بقيت عليه بمنزلة تاجرين مسلمين في دار الحرب قتل أحدهما
صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله لأن أهل دار الإسلام لا يعقلون
عنه وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم
ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم و
إن اختلف مللهم لأن الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا إذا لم تكن المعاداة
فيما بينهم ظاهرة أما إذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغي
أن لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن أبي يوسف رحمه الله لانقطاع
التناصر ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء فجعل
ديوانه إلى البصرة ثم رفع إلى القاضي فإنه يقضي بالدية على عاقلته من أهل
البصرة وقال زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من أهل الكوفة وهو رواية عن
أبي يوسف رحمه الله لأن الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته
أهل الكوفة وصار كما إذا حول بعد القضاء ولنا أن المال إنما يجب عند
القضاء لما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل إلى المال وكذا الوجوب
على القاتل ويتحمل عنه عاقلته وإذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته

عند القضا بخلاف ما بعد القضا لان الوجوب قد تقرر بالقضا فلا ينتقل
بعد ذلك لكن حصته القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ
من العطا وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضا
عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبائل في النسب لان في النقل ابطال حكم الاول
فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان فيه تقرير حكم
الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له
عطا فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل البصرة
ولو كان قضي بها على اهل الكوفة لم ينتقل عنه وكذا البدوي اذا عنهم
الحق بالديوان بعد القتل قبل القضا يقضى بالدية على اهل الديوان
وبعد القضا على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم وهذا بخلاف ما اذا كان
قوم اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلث سنين ثم جعلهم
الامام في العطا حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها
اول مرة في اموالهم لانه ليس فيه نقض القضا الاول لانه قضى بها في اموالهم
غير ان الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والادا من العطا ايسر
اذا صاروا من اهل العطا الا اذا لم يكن مال العطا من جنس ما
قضي به عليه بان كان القضا بالابل والعطا دراهم فحينئذ لا يتحول
دراهم ابدا لما فيه من ابطال القضا الاول لكن يقضى ذلك من مال
العطا لانه ايسر قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة
بهم ويؤيد ذلك قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة

يعقل

يعقل عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة
وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا تعقل العاقلة
اقل من نصف عشر الدية وتتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث
ابن عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش
الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتحرز عن
الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما في الكثير والتقدير الفاصل عرف
بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني والقياس فيه التسوية
بين القليل والكثير فيجب الكل على العاقلة كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله
التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة الا انا تركناه بما رويناه وبما روي
انه عليه السلام اوجب ارش الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل
على ما مر في الديات فما دونه يسلك به مسلك الاموال لانه يجب بالتحكيم
كما يجب ضمان المال بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس
قال ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف
الجاني لما روينا ولانه لا يتناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصادقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بقتل خطا ولم
يرفعوه الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه بالدية في ماله في ثلث سنين
من يوم يقضى لان التاجيل من وقت القضا في الثابت بالبينة

فهو الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبهما العاقلة
فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم يكن عليه شيء في ماله
لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة
في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر
حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه وفي حق العاقلة مقر عليهم
قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته لانه بدل
النفس على ما عرف من اصلنا وفي احد قولي الشافعي يجب في ماله لانه بدل
المال عنده ولهذا يوجب قيمته بالغة ما بلغت وما دون النفس
من العبد لا يتحمله العاقلة لانه يسلك به مسلك الاموال عندنا على
ما عرف وفي احد قوليه يتحمله كما ذكرنا وقدمنا من قبل قال اصحابنا
رحمهم الله اذا لم يكن للقاتل عاقلة فالدية في بيت المال لان جماعة المسلمين
هم اهل نصرته ليس بعضهم اخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان
ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن
ابي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذة ان الدية في ماله ووجهه ان الاصل
ان تجب الدية على القاتل لانه بدل متلف والاتلاف منه الا ان العاقلة
تتحملها تخفيفا للتخفيف عليه على ما مر واذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى
الاصل وابن الملاعنة تعقله عاقلة امه لان نسبه ثابت منها دون
الاب فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة

الاب

في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه
تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند الاكذاب ظهر ان النسب لم يزل
كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر من الاصل
فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون عليهم لانهم
مضطرون في ذلك وكذلك ان مات المكاتب عن وفاء وله ابن حر فلم
تؤد كتابته حتى جنى ابنه وعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه
عند الاداء يتحول ولاؤه الى قوم ابيه من وقت حرية الاب وهو اخر
جزء من اجزاء حياته فتبين ان قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم
وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية
رجعت بها على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الامر
ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم يقضي بها القاضي على الامر
او على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير قال رضي الله
عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والاصل الذي يخرج
عليها ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب
حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضي بها اولم يقض فان ظهرت حالة
خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء
بها اولم يقع ولم تختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
في ذلك لوقت القضاء فان كان قضى بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية
وان لم يكن قضى بها على الاولى فانه يقضي بها على الثانية واذا كان العاقلة

كالمولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم اعتق الاب تتحول الجناية عن عاقلة الام

واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء
وبعده الا فيما سبق ذاته فمن احكم هذا الاصل متأملا يمكنه التخريج
فيما يرد عليه من النظائر والاضداد والله الموفق للصواب

كتاب الوصايا باب في صفة الوصية
ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه

قال الوصية غير واجبة وهي مستحبة والقياس يأبى جوازها لانه
تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان
قيل ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى الا انا استحسناه لحاجة الناس
اليها فان الانسان مغرور بامله مقصر في عمله فاذا عرض له المرض
وخاف البيات يحتاج الى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط
بماله على وجه لو مضى فيه يتحقق مقصده المآلي ولو انهضه البرء
يصرفه الى مطلبه الحالي وفي شرع الوصية ذلك فشرعناه وقد
مثله في الاجارة بيناه وقد تبقى المالكية بعد الموت باعتبار الحاجة
كما في قدر التجهيز والدين وقد نطق به الكتاب وهو قوله عز وجل
من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلام ان
الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في آخر اعماركم زيادة لكم في اعمالكم
تضعونها حيث شئتم او قال حيث احببتم وعليه اجماع الامة ثم تصح
للاجنبي في الثلث من غير اجازة الورثة لما روينا وسنبين ما هو
الافضل فيه ان شاء الله تعالى قال ولا تجوز بما زاد على الثلث لقوله

عليه السلام في حديث سعد بن مالك رضي الله عنه الثلث والثلث كثير
بعدما نفى وصيته بالكل والنصف ولانه حق الورثة وهذا لانه انعقد
سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال فاوجب تعلق حقهم به
الا ان الشرع لم يظهره في حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره
على ما بيناه واظهره في حق الورثة لان الظاهر انه لا يتصدق به عليهم
تحرزا عما يتفق من الايثار على ما نبينه وقد جاء في الحديث الحيف
في الوصية من اكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية
للوارث قال الا ان يجيزه الورثة بعد موته وهم كبار لان الامتناع
لحقهم وهم اسقطوه ولا معتبر باجازتهم في حال حياته لانها قبل ثبوت
الحق اذ الحق يثبت عند الموت فكان لهم ان يردوه بعد وفاته
بخلاف ما بعد الموت لانه بعد ثبوت الحق فليس لهم ان يرجعوا
عنه لان الساقط متلاش غاية الامر انه يستند عند الاجازة
لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى ولان الحقيقة
تثبت عند الموت وقبله يثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه
ينقلب حقيقة قبل والرضى ببطلان الحق لا يكون رضى ببطلان
الحقيقة وكذلك ان كانت الوصية للوارث واجازه البقية فحكمه
ما ذكرنا وكل ما جاز باجازة الوارث يتملكه المجاز له من قبل
الموصي عندنا وعند الشافعي من قبل الوارث والصحيح قولنا
لان السبب صدر من الموصي والاجازة رفع المانع وليس

من شرطه القبض وصار كالمرتهن اذا اجاز بيع الراهن قال ولا
تجوز للقاتل عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا لقوله عليه السلام
لا وصية للقاتل ولانه استعجل ما اخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم
الميراث وقال الشافعي رحمه الله تجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف اذا اوصى
لرجل ثم انه قتل الموصي تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه
في الفصلين ما بيناه ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال ابو يوسف رحمه الله لا تجوز لان جنايته باقية والامتناع لاجلها
ولهما ان الامتناع لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع
بطلان الميراث ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال
ولا تجوز لوارثه لقوله عليه السلام ان الله تعالى اعطى كل ذي حق حقه الا
لا وصية للوارث ولانه يتاذى البعض بايثار البعض ففي تجويزه قطيعة
الرحم ولانه حيف بالحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا او
غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما
بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث
في هذا نظير الوصية لانها وصية حكما حتى تنفذ من الثلث واقرار
المريض للوارث على عكسه لانه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت
الاقرار قال الا ان يجيزها الورثة ويروى هذا الاستثناء فيما رويناه
ولان الامتناع لحقهم فتجوز باجازتهم ولو اجاز بعض ورد بعض
تجوز على المجيز بقدر حصته لولايته عليه وبطل في حق الراد قال ويجوز

جنف ميل

ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الاية والثاني لانهم بعقد الذمة ساووا
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحياة
فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله عز وجل
انما ينهاكم الله الاية قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له
في حال الحياة او ردها فذلك باطل لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت
لتعلقه به فلا يعتبر قبله كما لا يعتبر قبل العقد (اى قبل الايجاب) قال ويستحب ان يوصي
الانسان بدون الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في
التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه
استيفاء تمام حقه فلا صلة ولا منة ثم الوصية باقل من الثلث
اولى ام تركها قالوا ان كانت الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون
فالترك اولى لما فيه من الصدقة على القريب وقد قال النبي عليه السلام
افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقراء
والقرابة جميعا وان كانوا اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية
اولى لانه يكون صدقة على الاجنبي والترك هبة من القريب والاولى
اولى لانه يبتغي بها وجه الله تعالى وقيل في هذا الوجه يخير لاشتمال كل
منهما على فضيلة وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال
والموصى به يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي رحمه الله
هو يقول الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما انه انتقال

الكاشح من أضمر العداوة
منتخب اللباب

ثم الارث يثبت من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات
ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه بالعيب
ولا يملك احد اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة
حتى تثبت فيه هذه الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال
الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل
القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان
تبطل الوصية لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت
المشتري قبل قبوله بعد ايجاب البايع وجه الاستحسان ان الوصية
من جانب الموصي قد تم بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته
انما توقفت لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط
فيه الخيار للمشتري اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه
دين يحيط بماله لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه
اهم الحاجتين فانه فرض والوصية تبرع وابدا يبدا بالاهم فالاهم
الا ان يبريه الغرماء لانه لم يبق الدين فتنفذ الوصية على الحد
المشروع لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي
رحمه الله يصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية
يفاع او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له بصرفه
الى نفسه في نيل الزلفى ولو لم تنفذ يبقى على غيره ولنا انه تبرع
والصبي ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته

الزلفى اي القرب

قول

قول بالزام قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا
او كانت وصية في تجهيزه وامر دفنه وذلك جائز عندنا وهو
يحرز الثواب بالترك على ورثته كما بيناه والمعتبر في النفع والضرر
النظر الى اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال اعتبره بالطلاق
فانه لا يملكه ولا وصيه وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال
وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته فلا
يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما في الطلاق والعتاق بخلاف العبد والمكاتب
لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فتصح اضافته الى حال
سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء لان ماله لا
يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة رضي الله عنه لا تصح وعندهما تصح
ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم
عتق فملك والخلاف فيها معروف عرف في موضعه قال وتجوز الوصية
للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية اما
الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة في بعض
ماله والجنين صلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا
انه يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانه تمليك محض
ولا ولاية لاحد ليملكه شيئا واما الثاني فلانه بعرض الوجود
اذ الكلام فيما اذا علم وجوده وقت الوصية وبابها اوسع لحاجة الميت

انتفاع نخ

ثم الشئ تماما واتمه غيره وتممه واستتمه بمعنى صحاح



وعجزه ولهذا يصح في غير الموجود كالثمرة فلأن يصح في الموجود أولى
قال ومن أوصى بجارية إلا حملها صحت الوصية والاستثناء لأن
اسم الجارية لا يتناول الحمل لفظا ولكنه يستحق بالإطلاق تبعا فإذا
أفرد الأم بالوصية صح إفرادها ولأنه يصح إفراد الحمل بالوصية فجاز
استثناؤه وهذا هو الأصل أن ما يصح إفراده بالعقد يصح استثناؤه منه
إذ لا فرق بينهما وما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه وقد
مر في البيوع ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية لأنه تبرع لم يتم
فجاز الرجوع عنه كالهبة وقد حققناه في كتاب الهبة ولأن القبول
يتوقف على الموت والإيجاب يصح إبطاله قبل القبول كما في البيع قال
وإذا صرح بالرجوع أو فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا أما
الصريح فظاهر وكذا الدلالة لأنها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله
قد أبطلت وصار كالبيع بشرط الخيار فإنه يبطل الخيار فيه
بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الإنسان في ملك الغير ينقطع به حق
المالك فإذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا هذه الأفاعيل
في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا يمكن
تسليم العين إلا بها فهو رجوع إذا فعله مثل السويق يلته بسمن
والدار يبني فيها الموصي والقطن يحشو به والبطانة يبطن بها
والظهارة يظهر بها لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن
نقضها لأنه حصل في ملك الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار الموصى بها

وهدم بنائها لأنه تصرف في التابع وكل تصرف أوجب زوال
ملك الموصي فهو رجوع كما إذا باع العين الموصى به ثم اشتراه أو وهبه
ثم رجع فيه لأن الوصية لا تنفذ إلا في ملكه فإذا أزاله كان رجوعا
وذبح الشاة الموصى بها رجوع لأنه للصرف إلى حاجته عادة فصار
هذا المعنى أصلا أيضا وغسل الثوب الموصى به لا يكون رجوعا لأن
من أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا قال و
من جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكره محمد رحمه الله وقال أبو يوسف
رحمه الله يكون رجوعا لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي و
الحال فأولى أن يكون رجوعا ولمحمد رحمه الله أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء
في الحال ضرورة ذلك فإذا كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا أو
لأن الرجوع إثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال
فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة ولو قال
كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربا لا يكون رجوعا لأن الوصف
يستدعي بقاء الأصل بخلاف ما إذا قال فهي باطلة لأنه الذاهب المتلاشي
ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لأن التأخير ليس للسقوط كتأخير
الدين بخلاف ما إذا قال تركت لأنه إسقاط ولو قال العبد الذي أوصيت
به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف
ما إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لأن المحل يحتمل الشركة واللفظ
صالح لها وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الأول لما بينا

ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا
حين فالوصية للاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة
كونها للثاني ولم يتحقق فبقيت للاولى ولو كان فلان حين قال ذلك
حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى
بالرجوع والثانية بالموت

باب الوصية بثلث المال

قال ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم
الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في
الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون بينهما وان أوصى لاحدهما بالثلث
وبالسدس للآخر فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح
وضاق الثلث عن حقهما فيقتسمانه على قدر حقهما كما في اصحاب الديون
فيجعل الاقل سهما فصار ثلاثة سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الاكثر
أسهم
وان اوصى لاحدهما بجميع ماله وللآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث
بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان
ولا يضرب ابو حنيفة رحمه الله للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة
والسعاية والدراهم المرسلة لهما في الخلافية ان الموصي قصد
شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع
من التفضيل فيثبت كما في المحاباة واختيها وله ان الوصية وقعت
بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ لها بحال

فيبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فبطل ببطلانه كالمحاباة
الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في الجملة بدون
اجازة الورثة بان كان في المال سعة فتعتبر في التفاضل لكونه مشروعا
في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد
على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث
لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر
تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد
فلم يكن متعلقا بعين فيتعلق به حق الورثة قال ولو اوصى بنصيب ابنه
فالوصية باطلة ولو اوصى بمثل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية بمال
الغير لان نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت والثاني وصية بمثل نصيب
الابن ومثل الشيء غيره وان كان يتقدر به فيجوز وقال زفر رحمه الله يجوز
في الاول ايضا نظرا الى الحال والكل ماله فيه وجوابه ما قلنا قال ولو
اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له
مثل نصيب احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان تجيز الورثة لان السهم
يراد به احد سهام الورثة عرفا لا سيما في الوصية والاقل متيقن به
فيصرف اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم
اجازة الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود
رضي الله عنه وقد رفعه الى النبي عليه السلام فيما يروى ولانه يذكر ويراد به السدس

فان قالوا ايا شئنا فان السهم في اللغة عبارة عن السدس قد تذكر ويراد به سهم
من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا هذا كان في عرفهم وفي عرفنا السهم
كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم لانه
مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا تمنع صحة الوصية والورثة
قائمون مقام الموصي فاليهم البيان ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال
في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي واجازت الورثة فله ثلث المال
ويدخل السدس فيه ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او
في مجلس آخر سدس مالي لفلان فله سدس واحد لان السدس ذكر
معرفا بالاضافة الى المال والمعرفة متى اعيدت يراد بالثاني عين الاول
هو المعهود في اللغة قال ومن اوصى بثلث دراهمه او بثلث غنمه
فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله
جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقي لان كل واحد منهما مشترك
والمال المشترك يتوى ما توى منه على الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار
كما اذا كانت التركة اجناسا مختلفة ولنا ان في الجنس الواحد يمكن
جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري فيه الجبر على القسمة وفيه جمع
والوصية مقدمة فجمعناها في الواحد الباقي وصارت الدراهم كالدرهم
بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما قال
ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي
من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب قالوا هذا اذا كانت الثياب

من اجناس مختلفة ولو كانت من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم
وكذا المكيل والموزون بمنزلتها لانه يجري فيه الجمع جبرا بالقسمة
ولو اوصى بثلث ثلاثة من رقيقه فمات اثنان لم يكن له الا
ثلث الباقي وكذلك الدور المختلفة وقيل هذا على قول ابي حنيفة
رحمه الله وحده لانه لا يرى الجبر على القسمة فيها وقيل هو قول الكل
لان عندهما للقاضي ان يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع
والاول اشبه للفقه المذكور قال ومن اوصى لرجل بالف درهم
وله مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى
الموصى له لانه امكن ايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس فيصار
اليه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف لان الموصى له شريك الوارث وفي
تخصيصه بالعين بخس في حق الورثة لان للعين فضلا على
الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال وانما يصير مالا عند
الاستيفاء فانما يعتدل النظر بما ذكرناه قال ومن اوصى لزيد
وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت
ليس باهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من اهلها كما اذا اوصى
لزيد وجدار وعن ابي يوسف رحمه الله انه اذا لم يعلم بموته فله
نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا
نصف الثلث بخلاف ما اذا علم بموته لان الوصية للميت لغو

وكان راضيا بكل الثلث للحي وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد
ميت كان لعمرو نصف الثلث لان قضية هذا اللفظ ان يكون
لكل منهما نصف الثلث بخلاف ما تقدم الا ترى ان من قال ثلث
مالي لفلان وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين
فلان وسكت لم يستحق الثلث قال ومن اوصى بثلث ماله ولا
مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية
عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت حكمه بعده
فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله وكذا اذا كان له مال فهلك
ثم اكتسب مالا لما بينا ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته
او لم يكن له غنم في الاصل فالوصية باطلة لما ذكرنا انه ايجاب
بعد الموت فيعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين
فتبطل بفواتها عند الموت وان لم يكن له غنم فاستفادها ثم مات
فالصحيح ان الوصية تصح لانها لو كانت بلفظ المال تصح فكذا اذا
كانت باسم نوعه وهذا لان وجوده قبل الموت فضل والمعتبر
قيامه عند الموت ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم يعطى
قيمة شاة لانه لما اضافه الى المال علمنا ان مراده الوصية
بمالية الشاة اذ ماليتها توجد في مطلق المال ولو اوصى بشاة
ولم يضفه الى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لان المصحح اضافته
الى المال وبدونها تعتبر صورة الشاة ومعناه وقيل تصح

لانه

لانه لما ذكر الشاة وليس في ملكه شاة علم ان مراده المالية ولو قال
شاة من غنمي ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما اضافه الى الغنم علمنا
ان مراده عين الشاة حيث جعلها جزءا من الغنم بخلاف ما اذا اضافه
الى المال وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال ومن اوصى بثلث
ماله لامهات اولاده وهن ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن
ثلاثة اسهم من خمسة اسهم قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله انه يقسم على سبعة اسهم
لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان واصله ان الوصية لامهات الاولاد
جائزة والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة لمحمد رحمه الله
ان المذكور لفظ الجمع وادناه في الميراث اثنان نجد ذلك في القرآن
فكان من كل فريق اثنان وامهات الاولاد ثلث فلهذا يقسم على
سبعة ولهما ان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس وانه
يتناول الادنى مع احتمال الكل لا سيما عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر
من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلاثة للثلاث ولو
اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين
عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين ولو
اوصى للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا
يصرف الا الى مسكينين بناء على ما بيناه قال ولو اوصى لرجل
بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل مائة

لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته بين الكل بما قلناه
لاتحاد المال لاتحاد نصيب كل واحد منهم ثلث ماله بخلاف ما اذا اوصى
لرجل باربعمائة ولاخر بمائتين ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق
المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواته كل واحد
بتنصيف نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان
علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث
وهذا استحسان وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان
صحيحا لكنه لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا
للشرع لان المدعي لا يصدق الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا
فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم ان من قصده تقديمه على الورثة
وقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم
باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ ذمته فيجعلها
وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاءكم فلان وادعى
شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا
يصدق على الثلث دون الزيادة قال فان اوصى بوصايا غير
ذلك يعزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم
معلوم وكذا الوصايا معلومة وهذا مجهول فلا يزاحم المعلوم
(عزله اى اخرجه)
فيقدم عزل المعلوم وفي الافراز (اقرار) فائدة اخرى وهو ان احد
الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به والاخر
(وهم الورثة والموصى لهم)

الذ

الد خصاما وعساهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم وبعد
الافراز يصح اقرار كل واحد منهما فيما في يده من غير منازعة واذا
عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال للورثة صدقوه
فيما شئتم لان هذا دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فاذا
اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا في النصيبين فيؤخذ
اصحاب الثلث بثلث ما اقروا والورثة بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار
كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما اليمين على العلم ان ادعى
المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره قال
ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فللاجنبي نصف الوصية وبطل وصية
الوارث لانه اوصى بما يملك الايصاء به وبما لا يملك فصح في الاول وبطل
في الثاني بخلاف ما اذا اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية
فلا يصلح مزاحما فيكون الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح
باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا
بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق
الاجنبي لان الوصية انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فتصح
في حق من يستحقه منهما اما الاقرار فاخبار عن كائن وقد اخبر
بوصف الشركة في الماضي ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه
خلاف ما اخبر به ولا الى اثبات الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا
ولانه لو قبض الاجنبي شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر

ثم لا بد أن يقبض ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا
وفي الانتهاء خصة أحدهما تمتاز عن حصة الآخر بقاء وبطلانا
قال ومن كان له ثلاثة أثواب جيد ووسط ورديء فأوصى بكل
واحد لرجل فضاع ثوب ولا يدرى أيها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية
باطلة ومعنى جحودهم أن يقول الوارث لكل واحد بعينه الثوب
الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة
القضاء وتحصيل المقصود فبطل قال إلا أن تسلم الورثة الثوبين
الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب الجيد
ثلثا الثوب الأجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث الأدون
ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب الجيد لا حق له
في الرديء بيقين لأنه إما أن يكون وسطا أو رديا ولا حق له فيهما و
صاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي بيقين لأنه إما أن يكون جيدا
أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن يكون الرديء هو الرديء الأصلي
فيعطى من محل الاحتمال وإذا ذهب ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم
يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين حق صاحب الوسط فيه
ضرورة قال وإذا كانت الدار بين رجلين أوصى أحدهما ببيت بعينه
لرجل فإنها تقسم فإن وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله نصفه للموصى له و
إن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة

وأبي

وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله مثل ذرع نصف البيت له
أنه أوصى بملكه وبملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فينفذ الأول
ويتوقف الثاني وهو أن ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة
لا تنفذ الوصية السالفة كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا
اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصي تنفذ الوصية في عين الموصى به
وهو نصف البيت وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذرع نصف البيت
تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجارية الموصى بها إذا قتلت
تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية
بثمنه لأن الوصية تبطل بالإقدام على البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة
ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء
بملك ينتفع به من كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع
قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية
فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز تكميلا
للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الإفراز يصير كأن البيت
ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر تنفذ في قدر ذرعان جميعه
مما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرنا أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت
التقدير به تحصيلا للمقصود ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع
في نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك وإذا وقع في نصيب
الآخر عملنا بالتقدير أو لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين

والتمليك يعتمد على اعتبار الوجه الآخر كما اذا علق عتق الولد وطلاق
المرأة باول ولد تلده امته فالمراد في جزاء الطلاق مطلق وفي العتق ولد حي
ثم اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت عشرة اذرع
يقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم تسعة منها للورثة
وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله فيضرب الموصى له بخمسة اذرع نصف
البيت وهم بنصف الدار سوى البيت وهو خمسة واربعون فيجعل
كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم على احد عشر سهما لان الموصى له
يضرب بالعشرة وهم بخمسة واربعين فتصير السهام احد عشر للموصى له
سهمان ولهم تسعة ولو كان مكان الوصية اقرار قيل هو على الخلاف
وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله والفرق له ان الاقرار بملك الغير صحيح
حتى ان من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له و
الوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تصح وصيته
ولا تنفذ قال ومن اوصى من مال رجل لآخر بالف بعينه فاجاز
صاحب المال بعد موت الموصي فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان
هذا تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازته واذا اجاز يكون تبرعا منه ايضا
فله ان يمتنع من التسليم بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازت
الورثة لان الوصية في مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع
لحق الورثة فاذا اجازوها سقط حقهم فتنفذ من جهة الموصي قال
واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له

من اقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم

بثلث

بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان
يعطيه نصف ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له
تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية في اعطاء النصف ليبقى له النصف
وجه الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فيكون مقرا
بثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين مقدم على
الميراث فيكون مقرا بتقدمه فيقدم عليه اما الموصى له بالثلث شريك
الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة مثلاه ولانه لو اخذ
منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف ما في يده
فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى لرجل بجارية
فولدت بعد موت الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له
لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا بالام
فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قبلها مبقاة على ملك الميت حتى تقضى به
ديونه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب
بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
وقال ابو حنيفة رحمه الله ياخذ ذلك من الام فان فضل شيء اخذه من الولد
وفي الجامع الصغير عين صورة وقال رجل له ستمائة درهم وامة تساوي
ثلثمائة فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا تساوي ثلثمائة
درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له ثلثا كل واحد
منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة الاتصال فلا يخرج

عنها بالانفصال كما في البيع والعتق نتنقد الوصية فيهما على التسلسل
من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيه والتبع لا يزاحم
الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض الاصل
وذلك لا يجوز بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى نقض
في الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن ضرورة
مقابلته بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد
البيع بدون ذكره وان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان
ولدت بعد القسمة فهو للموصى له لانه تم خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد
القسمة **فصل في اعتبار حالة الوصية** واذا اقر المريض
لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار
وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار ملزم بنفسه وهي اجنبية عند
صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا يبطل بالدين اذا كان في حالة
الصحة او في حالة المرض الا ان المرض الثاني يؤخر عنه بخلاف الوصية
لانه ايجاب عند الموت وهي وارثة عند ذلك ولا وصية للوارث والهبة
وان كانت منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها
يتقرر عند الموت الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين
تعتبر من الثلث **قال** واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني
او وهب له او سلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الهبة والوصية
فلما قلنا انه وارث عند الموت وهما ايجابان عنده او بعده

والاقرار

والاقرار وان كان ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت
الاقرار فيعتبر في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث
الزوجية وهي طارئة حتى لو كانت الزوجة قائمة وقت الاقرار وهي
نصرانية ثم اسلمت قبل موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره
قال وكذا اذا كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في
كتاب الاقرار انه لم يكن عليه دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي ولو
كان عليه دين لا يصح لانه اقر له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا
ان المعتبر فيها وقت الموت واما الهبة فيروى انها تصح لانها تمليك في
الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات هي في مرض الموت بمنزلة الوصية
فلا تصح **قال** والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول
ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع المال لانه اذا تقادم العهد
صار طبعا من طباعه ولهذا لا يشتغل بالتداوي ولو صار صاحب
فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب عند ما اصابه ذلك ومات
من ايامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش لانه يخاف منه الموت
ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت

باب العتق في المرض

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب فذلك كله جائز
وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض
النسخ فهو وصية مكان قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب
مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها ايجاب بعد الموت

وكذا اذا كان بالتزوج نكاح به صحاح

وهذا منجز غير مضاف واعتباره بالثلث لتعلق حق الورثة وكذلك ما ابتدأ
المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة في حكم الوصية لانه يتهم فيه
كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال
صحته اعتبارا لحالة الاضافة دون حالة العقد وما نفذه من التصرف
فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان
مريضا فمن الثلث وكل مرض صح منه فهو كحال الصحة لانه بالبرء تبين
انه لا حق لاحد في ماله فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة
اولى عند ابي حنيفة رحمه الله وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى
في المسألتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل
من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض على البعض الا فيها ما
العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح
والمحاباة في البيع اذا وقعت في المرض لان الوصايا قد تساوت و
التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في نفس الاستحقاق وانما
قدم العتق الذي ذكرناه آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة
الموصي وغيره يلحقه وكذا المحاباة لا يلحقها الفسخ من جهة الموصي واذا
قدم ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل
الوصايا ولا يقدم البعض على البعض لهما في الخلافية ان العتق
اقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم
في الذكر لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المحاباة اقوى لانها

لانها

ثبتت في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته و
الاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة اولا دفع الاضعف
واذا وجد العتق اولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته
المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث
بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم
بينها وبين العتق لان العتق متقدم عليها فيستويان ولو اعتق
ثم حابى ثم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول والمحاباة وما اصاب العتق
قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق اولى بكل حال قال
ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه
بما بقي عند ابي حنيفة رحمه الله وان كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي
من حيث يبلغ وان لم يهلك منها وبقي شيء من الحجة يرد على الورثة و
قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق عنه بما بقي لانه وصية بنوع قربة فيجب
تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه وصية بالعتق لعبد
يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى باقل منه تنفيذ لغير الموصى له وذلك
لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله تعالى والمستحق
لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع الباقي اليه
وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان العتق حق
الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة عليه من غير دعوى فلم يتبدل
المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل البينة عليه من غير دعوى

فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين ومائة درهم و
عبدًا قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك
لم يسع في شي لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد
وقعت باكثر من الثلث الا انه يجوز باجازة الورثة لان الامتناع
لحقهم وقد اسقطوه ولهذا الاستسعاء عليه قال ومن اوصى بعتق عبده
ثم مات فجنى العبد جناية ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع قد صح لما ان
حق ولي الجناية مقدم على حق الموصي فكذا على حق الموصى له لانه يتلقى الملك
من جهته الا ان ملكه فيه باق وانما يزول بالدفع فاذا خرج به عن
ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصي او وارثه بعد موته فان فداه الورثة
كان الفدا في مالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد
طهر عن الجناية بالفدا كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى
بثلث ماله لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال
الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول
الوارث ولا شي للموصى له الا ان يفضل من الثلث شي او تقوم له
البينة ان العتق في الصحة لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث ما بقي من
التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية ولهذا ينفذ
من جميع المال والوارث ينكر لان مدعاه العتق في المرض وهو
وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال فكان منكرا و
القول قوله مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى

اقرب

اقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث فيكون
القول قوله مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث شي على قيمة العبد
لانه لا مزاحم له فيه او تقوم له البينة ان العتق في الصحة لان الثابت
بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها لاثبات حقه قال
ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على
ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شي لان الدين والعتق في الصحة
ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد فصار كانهما كانا معا والعتق
في الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله ان
الاقرار بالدين اقوى لانه يعتبر من جميع المال والاقرار بالعتق في
المرض يعتبر من الثلث والاقوى يدفع الادنى فقضيته ان يبطل
العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث
المعنى بايجاب السعاية ولان الدين اسبق لانه لا مانع له من الاسناد
فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن اسناد العتق الى تلك الحالة لان
الدين يمنع العتق في حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا
الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف
درهم دين وقال اخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعندهما الوديعة
اقوى وعنده هما سواء **فصل** قال ومن اوصى
بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرايض منها قدمها الموصي

او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات لان الفريضة اهم من النافلة
والظاهر منه البداية بما هو الاهم وان تساوت في القوة بدا بما قدمه
الموصي اذا ضاق عنها الثلث لان الظاهر انه يبتدي بالاهم وذكر الطحاوي
رحمه الله انه يبدا بالزكوة ويقدمها على الحج وهو احدى الروايتين عن
ابي يوسف رحمه الله وفي رواية عنه انه يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله
وجه الاولى انهما وان استويا في الفريضة فالزكوة يتعلق بها
حق العبد فكان اولى وجه الاخرى ان الحج يقام بالمال والنفس
والزكوة بالمال قصرا عليه فكان الحج اقوى ثم تقدم الحج والزكوة
على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة اذ قد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يات في الكفارة والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة
على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالقران دون صدقة الفطر
وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية بالاتفاق على وجوبها والاختلاف
في الاضحية وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات على البعض
قال وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وصار كما
اذا صرح بذلك قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى
وما كان للعبد فما اصاب القرب صرف اليها على الترتيب الذي
ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه
ان كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحد في نفسه مقصود
فتنفرد كما تنفرد وصايا الادميين قال ومن اوصى بحجة الاسلام

احجوا

احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من
بلده ولهذا يعتبر فيه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لاداء
ما هو الواجب عليه وانما قال راكبا لانه لا يلزمه ان يحج ماشيا فانصرف
اليه على الوجه الذي وجب عليه قال فان لم تبلغ الوصية النفقة
احجوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لانه امر بالحج على صفة
عدمناها فيه غير انا جوزناه لانا نعلم ان الموصي قصد تنفيذ
الوصية فيجب تنفيذها ما امكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو اولى
من ابطالها راسا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق
من قبل قال ومن خرج من بلده حاجا فمات في الطريق واوصى
بان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانا وعلى
هذا الخلاف اذا مات الحاج عن غيره في الطريق لهما ان السفر بنية
الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع اجره
على الله فيبتدا من ذلك المكان كانه من اهله بخلاف سفر التجارة
لانه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله ان الوصية تنصرف الى الحج
من بلده على ما قررناه اداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن محلة الموصي ويجمعهم

مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان الجار من المجاورة وهي
الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة بهذا الجوار ولانه لما
تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص الخصوص وهو الملاصق وللاستحسان
ان هؤلاء كلهم يسمون جيرانا عرفا وقد تايد بقوله عليه السلام لا
صلاة لجار المسجد الا في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان
المقصود بر الجيران واستحبابه ينتظم الملاصق وغيره الا انه لا بد من
الاختلاط وذلك عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله الجوار
الى اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قال ويستوي فيه الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
فيه العبد الساكن عنده لاطلاقه ولا يدخل عندهما لان الوصية له
وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية
لكل ذي رحم محرم من امراته لما روي انه عليه السلام لما تزوج صفية
رضي الله عنها اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا
يسمون اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد وابي عبيد
رحمهما الله وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه
وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهار ولو مات الموصي والمراة
في نكاحه او في عدته من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت
في عدة من طلاق باين لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو
شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاختانه فالوصية لزوج

نخ لا يستحق

ن يسمون

كل ذات رحم محرم منه وكذا المحارم الازواج لان الكل يسمى ختنا قيل
هذا في عرفهم وفي عرفنا لا يتناول الازواج المحارم ويستوي فيه الحر
والعبد والاقرب والابعد لان اللفظ يتناول الكل قال ومن اوصى
لاقاربه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيه الوالدان
والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
الوصية لكل من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ وفائدة
الاختلاف تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم لهما ان
القريب مشتق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم بحقيقته
مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يعتبر الاقرب
فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان فكذا في الوصية والمقصد
من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة وهو يختص
بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا يسمون اقرباء
ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في عرف اللسان
من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره
ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعنده يتقيد بما ذكرناه
وعندهما باقصى الاب في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب الادنى قال
واذا اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة
رحمه الله اعتبارا للاقرب كما في الارث وعندهما بينهم ارباعا اذ هما لا يعتبران الاقرب

ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف للخالين لانه لا بد
من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف
ما اذا اوصى لذي قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد فيحوز
الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث لما
قلنا ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة بينهما بالسوية
لاستواء قرابتهما وهي اقوى والعمة وان لم تكن وارثة فهي مستحقة للوصية
كما لو كان القريب رقيقا او كافرا وكذا اذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه
او لانسبائه في جميع ما ذكرنا لان كل ذلك لفظ جمع ولو انعدم المحرم
بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا الوصف قال ومن اوصى لاهل فلان
فهي على زوجته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم
نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قوله تعالى وأتوني باهلكم
اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة في الزوجة يشهد بذلك قوله تعالى
وسار باهله ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة
ومن اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التي ينسب
اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب اصل
البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب عبارة عمن ينسب اليه
والنسب يكون من جهة الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان
الانسان يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام
ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لارامله

ان كانوا

ان كانوا قوما يحصون دخل في الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم و
اناثهم لانه امكن تحقيق التمليك في حقهم والوصية تمليك وان كانوا
لا يحصون فالوصية للفقراء منهم لان المقصود من الوصية القربة
وهي في سد الخلة ورد الجوعة وهذه الاسامي تشعر بتحقق الحاجة
فجاز حمله على الفقراء بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون
او لايامى بني فلان وهم لا يحصون حيث تبطل الوصية لانه ليس
في اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن تصحيحه
تمليكا في حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم وفي الوصية
للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله
اثنان في الوصايا على ما مر ولو اوصى لبني فلان يدخل فيه الاناث
في قول ابي حنيفة رحمه الله اول قوليه وهو قولهما رحمهما الله لان جمع
الذكور يتناول الاناث ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان
حقيقة الاسم للذكور وانتظامه الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف
ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث
لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم ولهذا
يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة وحلفاؤهم قال ومن اوصى
لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى سواء لان اسم الولد ينتظم
الكل انتظاما واحدا ومن اوصى لورثة فلان فالوصية للذكر مثل
حظ الانثيين لانه لما نص على لفظ الورثة آذن ذلك بان قصده

التعصيب كما في الميراث ومن أوصى لمواليه وله موالٍ أعتقهم
وموالٍ أعتقوه فالوصية باطلة وقال الشافعي رحمه الله في بعض
كتبه إن الوصية لهم جميعا وذكر في موضع آخر أنه توقف حتى
يصالحوا له أن الاسم يتناولهم لأن كلا منهم يسمى مولى فصار كالإخوة
ولنا أن الجهة مختلفة لأن أحدهما يسمى مولى النعمة والآخر منعم
عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد في موضع الإثبات
بخلاف ما إذا حلف لا يكلم موالي فلان حيث يتناول الأعلى
والأسفل لأنه مقام النفي ولا تنافي فيه ويدخل في هذه الوصية من
أعتقه في الصحة والمرض ولا يدخل مدبروه وأمهات أولاده
لأن عتق هؤلاء يثبت بعد الموت والوصية تضاف إلى حالة الموت
فلا بد من تحقق الاسم قبله وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون
لأن سبب الاستحقاق لازم ويدخل فيه عبد قال له مولاه إن لم أضربك
فأنت حر لأن العتق يثبت قبيل الموت عند تحقق عجزه ولو كان
له موالٍ وأولاد الموالي وموالي موالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم
دون موالي الموالاة وعن أبي يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل
شركاء لأن الاسم يتناولهم على السواء وعن محمد رحمه الله يقول الجهة
مختلفة في المعتق الإنعام وفي الموالي عقد الالتزام والإعتاق
لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيهم موالي الموالي لأنهم موالي
غيره حقيقة بخلاف مواليه وأولادهم لأنهم ينسبون إليه

المولى

بإعتاق وجد منه وبخلاف ما إذا لم يكن له موالٍ ولا أولاد
الموالي لأن اللفظ له مجاز فيصرف إليه عند تعذر اعتبار الحقيقة
ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف لمعتقه
والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيه
موالي أعتقهم ابنه لأنهم ليسوا بمواليه لا حقيقة ولا مجازا وإنما
إنما يحرز ميراثهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب
إليه بالولاء

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة
ويجوز بذلك أبدا لأن المنافع يصح تمليكها في حالة الحياة ببدل
وغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما في الأعيان ويكون
محبوسا على ملكه في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه
كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف و
يجوز مؤبدا وموقتا كما في العارية فإنها تمليك على أصلنا بخلاف
الميراث لأنه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك في عين تبقى والمنفعة
عرض لا يبقى وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة
فأخذ حكمها والمعنى يشملهما قال فإن خرجت رقبة العبد من
الثلث يسلم إليه ليخدمه لأن حق الموصى له بالثلث لا يزاحمه الورثة
وإن كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما
لأن حقه في الثلث وحقهم في الثلثين كما في الوصية في العين

ولا يمكن قسمة العبد اجزاء لانه لا يتجزى فصرنا الى المهاياة ايفاء
للحقين بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كان تخرج من الثلث حيث
تقسم عين الدار اثلاثا للانتفاع لانه يمكن القسمة بالاجزاء
وهو اعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفي المهاياة تقديم
احدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهاياة من حيث الزمان يجوز
ايضا لان الحق لهما الا ان الاول هو الاعدل اولى وليس للورثة
ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار وعن ابي يوسف رحمه الله ان لهم
ذلك لانه خالص ملكهم وجه الظاهر ان حق الموصى له ثابت في سكنى
جميع الدار بان يظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث و
كذا له حق المزاحمة فيما في ايديهم اذا خرب ما في يده والبيع يتضمن
ابطال ذلك فمنعوا عنه قال وان مات الموصى له عاد الى الورثة
لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي المنافع على حكم ملكه
فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير
مرضاته وذلك لا يجوز ولو مات الموصى له في حال حيوة الموصي بطلت
الوصية لان ايجابها تعلق بالموت على ما بيناه من قبل ولو اوصى
بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل
يجوز ذلك لان قيمة المنافع كعينها في تحصيل المقصود والاصح انه
لا يجوز لان الغلة دراهم او دنانير وقد وجبت الوصية بها و
هذا استيفاء المنافع وهما متغايران ويتفاوتان في حق الورثة

فانه لو ظهر دين يمكنهم اداؤه من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها
ولا يمكنهم من المنافع بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة
والسكنى ان يواجر العبد او الدار وقال الشافعي رحمه الله له ذلك
لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك تمليكها من غيره ببدل وغير
بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانها اباحة على اصله وليس
بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد الموت
فلا يملك تمليكه ببدل اعتبارا بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في
حالة الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاجارة لانها تمليك ببدل
كذا هذا وتحقيقه ان التمليك ببدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا
يملك الاقوى بالاضعف والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم
الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره والمتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع
فلهذا انقطع اما هو في وضعه غير لازم ولان المنفعة ليست
بمال على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية فيها
تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة فانما تثبت هذه الولاية لمن
يملكها تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون
مملكا لها بالصفة التي تملكها اما اذا تملكها مقصودة بغير عوض
ثم ملكها بعوض كان مملكا اكثر مما تملكه معنى وهذا لا يجوز وليس
للموصى له ان يخرج العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله
في غير الكوفة فيخرجه الى اهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج

من الثلث لان الوصية تنفذ على ما يعرف من مقصود الموصي فان
كان في مصره فمقصوده ان يمكنه من خدمته فيه بدون ان يلزمه
مشقة السفر واذا كان في غيره فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله
ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا لانه بدل
المنفعة فاخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين
حقيقة لانه دراهم او دنانير فكان الجواز اولى ولو لم يكن له
مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة
بالاجزاء فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو
الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف رحمه الله
فانه يقول الموصى له شريك الوارث وللشريك ذلك فكذا للموصى له الا
انا نقول المطالبة بالقسمة تبتني على ثبوت الحق للموصى له فيما يلاقيه
القسمة اذ هو الطالب ولا حق له في عين الدار وانما حقه في الغلة
فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته
وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة لصاحب
الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا منه (لاحدهما)
على الآخر فتعتبر هذه الحالة بحالة الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب
الخدمة فلو لم يوص في الرقبة بشيء لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع
كون الخدمة للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية
اخت الميراث من حيث ان الملك يثبت فيهما بعد الموت ولها نظائر
او ميراث ووصي

وهي ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من
الثلث او اوصى لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة
لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى ولا شيء لصاحب الظرف
في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد الايجابين عن الآخر
فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الامة
للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها لابي يوسف
رحمه الله ان بايجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام
الاول ايجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح
وان كان مفصولا لان الوصية لا تلزم شيئا في حال حياة الموصي فكان
البيان المفصول فيه والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة
ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية
يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا ان العام
الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة بمنزلة الخاص فقد
اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما وصية بايجاب على حدة فيجعل
الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية فيه للثاني رجوعا
عن الاول كما لو اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان
اسم الرقبة لا يتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة
حصلت على ملكه فاذا اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف
ما اذا كان الكلام موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء

فتبين انه اوجب لصاحب الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال
ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها
وان قال له ثمرة بستاني ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما
عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل
والفرق ان الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة
مثل التنصيص على الابد لانه لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم
مذكور وان لم يكن شيئا اما الغلة فتنتظم الموجود وما يكون بعرض
الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن
غلة ارضه وداره فاذا اطلقت تتناولهما عرفا غير موقوف على دلالة
اخرى اما الثمرة اذا اطلقت لا يراد بها الا الموجود فلهذا يفتقر الانصراف
الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف ابدا او باولادها او غنمه صح
بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من اللبن
وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سواء قال ابدا او لم
يقل لانه ايجاب عند الموت فيعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا بخلاف
ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل الملك
الا ان في الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليها كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بالطريق
الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واخواته لا يجوز ايراد
العقد عليها اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذلك لا يدخل تحت الوصية

بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد
الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

واذا صنع يهودي او نصراني بيعة او كنيسة في صحته ثم مات فهو
ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله والوقف عنده
يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية فلا تصح عندهما
ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه اذا اوصى ان تبنى
داره بيعة او كنيسة فهو جائز من الثلث لان الوصية فيها معنى
الاستخلاف ومعنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه على اعتبار
المعنيين قال وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت
الوصية عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الوصية
باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية
بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله ان هذه قربة
في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز بناء على
اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في معتقدهم
لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة
رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان البناء نفسه
ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان يصير محررا خالصا
لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى
حقيقة فتبقى ملكا للباني فتورث عنه ولانهم يبنون فيها الحجرات

وبسكنونها فلم تتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث
المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا
انه امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فيبقى فيما هو قربة
على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث ثم الحاصل ان وصايا الذمي
على اربعة اقسام منها ان تكون قربة في معتقدهم ولا تكون قربة في
حقنا وهو ما ذكرناه وما اذا اوصى الذمي بان تذبح خنازيره و
تطعم المشركين وهذه على الخلاف اذا كان القوم غير مسمين كما ذكرناه
والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا ولا يكون قربة
في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجد للمسلمين او بان يسرج
في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا لاعتقادهم
الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون والجهة
مشهورة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا اوصى
بان يسرج في بيت المقدس او يغزا الترك وهو من الروم و
هذا جائز سواء كان القوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما
هو قربة حقيقة وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة
لا في حقنا ولا في حقهم كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان
هذا غير جائز لانه معصية في حقنا وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم
فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق
الوصية كالمسلم لانا امرنا ببناء الاحكام على الظاهر وان كان يكفر
بيننا

بيان المسلم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر

فهو

فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته بين ابي حنيفة
وصاحبيه رضي الله عنهم وفي المرتدة الاصح انه تصح وصاياها لانها تبقى
على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل او يسلم قال واذا دخل الحربي بامان
فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث
لحق الورثة ولهذا ينفذ باجازتهم وليس لورثته حق مرعي لكونهم في دار
الحرب اذ هم اموات في حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان
كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك اخذت الوصية
ويرد الباقي على ورثته وذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق عبده
عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام فذلك صحيح منه من غير اعتبار
الثلث لما بيناه وكذلك لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في
دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات
منه في حال حياته ويصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع
ويمكن منه ولا يمكن من زيادة المقام على السنة الا بالجزية ولو
اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين
لانهم التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف
ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي
في دار الاسلام لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين والوصية اخته



باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل

فقبل الوصي في وجه الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت
مضى لسبيله معتمدا عليه فلو صح رده في غير وجهه في حياته او بعد مماته
صار مغرورا من جهته فرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير
عينه او ببيع ماله حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنا لانه
حي قادر على التصرف بنفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه
ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه ان ينيب
غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان
شاء لم يقبل لان الموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو انه باع شيئا
من تركته فقد لزمته لان ذلك دلالة الالتزام والقبول وهو معتبر
بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصي وسواء علم بالوصاية
او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع حيث لا ينفذ لان
الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت فتنتقل الولاية
اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل
انابة لثبوته في حال قيام ولاية المنيب فلا يصح من غير علمه كاثبات
الملك بالبيع والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه
فيما تقدم من الكتب وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال
اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل لان بمجرد
قوله لا اقبل لا يبطل الايصاء لان في ابطاله ضررا بالميت وضرر الوصي
في الابقاء مجبور بالثواب ودفع الاول وهو اعلى اولى الا ان القاضي

اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع
الضرر وربما يعجز عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصاية فيدفع القاضي
الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر
من الجانبين وكذا ينعزل باخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه
اقبل لم يلتفت اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال
ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب
غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج يكون بعدها
وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل معناه في جميع هذه
الصور ستبطل وقيل معناه في العبد باطل حقيقة لعدم ولايته
واستبداده وفي غيره معناه ستبطل وقيل في الكافر باطل ايضا لعدم
ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت
لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على اصلنا وولاية الكافر
في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة المولى و
تمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة للكافر على ترك
النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه القاضي من
الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل ان يكون
الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله
بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية
لان للكبار ان يمنعوه او يبيعوا نصيبهم فيمنعه المشتري فيعجز عن الوفاء

بحق الوصاية فلا تفيد فائدته وإن كانوا صغارا كلهم فالوصية إليه
جائزة عند أبي حنيفة رحمه الله ولا تجوز عندهما وهو القياس وقيل قول
محمد رحمه الله مضطرب يروى مرة مع أبي حنيفة وتارة مع أبي يوسف
رحمهما الله وجه القياس أن الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها
ولأن فيه إثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولأن
الولاية الصادرة من الأب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لأنه لا
يملك بيع رقبته وهذا نقض الموضوع وله أنه مخاطب مستبد بالتصرف
فيكون أهلا للوصاية وليس لأحد عليه ولاية فإن الصغار وإن كانوا
ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وإيصاء المولى إليه يؤذن بكونه
ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزى على ما هو المروي عن
أبي حنيفة رضي الله عنه أو نقول يصار إليه كيلا يؤدي إلى إبطال أصله وتغيير
الوصف بتصحيح الأصل أولى قال ومن يعجز عن القيام بالوصية
ضم إليه القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لأن تكميل النظر
يحصل بضم الآخر إليه لصيانته ونقص كفايته فيتم النظر بإعانة
غيره ولو شكا إليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لأن
الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه وإذا ظهر عند القاضي عجزه أصلا
استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف
أمينا فيه ليس للقاضي أن يخرجه لأنه لو اختار غيره كان دونه لما أنه
مختار الميت ومرضيه فإبقاؤه أولى ولهذا قدم على أب الميت مع

وفور

إذا عجز الوصي

وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا إذا شكا الورثة أو بعضهم
الوصي إلى القاضي فإنه لا ينبغي له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة
لأنه استفاد الولاية من الميت غير أنه إذا ظهرت الخيانة فالميت إنما
نصبه وصيا لأمانته وقد فاتت ولو كان في الأحياء لأخرجه منها
فعند عجزه ينوب القاضي منابه كأنه لا وصي له قال ومن أوصى إلى
اثنين لم يكن لأحدهما أن يتصرف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله دون
صاحبه إلا في أشياء معدودة نبينها إن شاء الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله
ينفرد كل منهما بالتصرف في جميع الأشياء لأن الوصاية سبيلها الولاية
وهي وصف شرعي لا يتجزى فيثبت لكل واحد منهما كملا كولاية الإنكاح
للأخوين وهذا لأن الوصاية خلافة وإنما تتحقق إذا انتقلت الولاية
إليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي وقد كان بوصف الكمال ولأن
اختيار الأب إياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فينزل
ذلك منزلة قرابة كل واحد ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى
وصف التفويض وهو وصف الاجتماع إذ هو شرط مفيد وما رضي
الموصي إلا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى بخلاف الأخوين في الإنكاح لأن
السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل منهما كملا ولأن الإنكاح حق
مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بإنكاحها من كفء يخطبها يجب عليه
وههنا حق التصرف للولي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الأول أوفى
حقا على صاحبه فصح وفي الثاني استوفى حقا لصاحبه فلا يصح أصله
الدين الذي عليهما

بيان إذا شكا الورثة

الوصاية

وَلهما بخلاف الأشياء المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية
ومواضع الضرورة مستثناة ابداً وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها
فقال الا في شرى الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا يملكه
الجيران عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف موتهم جوعاً
وعرياً ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشترى شراءً فاسداً
وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية فانه يملكه
المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه من
يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ
وصية بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة
في حقوق الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد بها احد الوكيلين
وقبول الهبة لان في التاخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي
في حجره فلم يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف
لان فيه ضرورة لا تخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية
الفوات ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية قال
وفي الجامع الصغير وليس لاحد الوصيين ان يبيع او يتقاضى والمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في عرفهم وهذا لانه رضي
بامانتهما جميعاً في القبض ولانه في معنى المبادلة لا سيما عند اختلاف
الجنس على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على
الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل

كل واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي براي الواحد وقيل
الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت بخلاف الوكيلين
لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل القاضي مكانه وصياً
آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد بالتصرف فيضم القاضي
مكانه وصياً آخر نظراً للميت عند عجزه وعند ابي يوسف رحمه الله
الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد ان يخلفه متصرفان
في حقوقه وذلك ممكن التحقق بنصب وصي آخر مكان الميت ولو
ان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية
بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج القاضي الى نصب وصي آخر لان
راي الميت باق حكما براي من يخلفه وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد
بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره
لانه ينفذ تصرفه براي المثنى كما رضيه المتوفى واذا مات الوصي واوصى
الى آخر فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله
لا يكون وصياً في تركة الميت الاول اعتباراً بالتوكيل في حالة الحيوة والجامع
انه رضي برايه لا براي غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه
فيملك الايصاء الى غيره كالجد الا ترى ان الولاية التي كانت ثابتة للموصي
تنتقل الى الوصي في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب
فيما انتقل اليه فكذلك الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له
ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته

فيهما ولانه لما استعان به في ذلك مع علمه انه يعتريه المنية قبل
تتميم مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره بخلاف
الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه فلا يرضى
بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة
جائزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت
حتى يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشرى المورث والوصي
خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا وصحت
قسمته عليه حتى لو هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له
اما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد
ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشرى الموصي
فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما افرز له عند الوصي كان
له ثلث ما بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان الوصي لا يضمن لانه امين
فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة
فيكون له ثلث الباقي لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال
المشترك على الشركة ويبقى ما بقي على الشركة قال فان قاسم الورثة
واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال
وان كان اوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت
من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع في يده وقال
ابو يوسف رحمه الله ان كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء والا يرجع بتمام

الثلث

الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع بشيء لان القسمة حق الموصي
ولو افرز الموصي بنفسه مالا ليحج عنه فهلك لا يلزمه شيء وبطلت
الوصية فكذا اذا افرزه وصيه الذي قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله
ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها ما بقي محلها واذا لم يبق
بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان القسمة لا تراد
لذاتها بل لمقصودها وهو تادية الحج فلم تعتبر دونه وصار
كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها بالتسليم الى
الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم يصرف الى ذلك الوجه لم يتم
فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة
الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة لان الوصية
صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا
لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى والغيب ومن
النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فنفذ ذلك وصح حتى لو حضر
الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل قال واذا
باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جائز لان الوصي
قائم مقام الموصي ولو تولى حيا بنفسه يجوز بيعه بغير محضر من
الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه من قام مقامه
وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا
يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون

لان للغرماء حق الاستسعاء اما ههنا بخلافه قال ولو اوصى
بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض
الثمن فضاع في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد
فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه ما رضي ببذل
الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البايع مال الغير
بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه عامل له
فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا يرجع لانه
ضمن بقبضه ثم رجع الى ما ذكرناه ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله
انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فاخذ حكمها ومحل الوصية
الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور وذلك دين عليه و
الدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي وامينه اذا تولى البيع
حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء اذ يتحامى
عن تقلد هذه الامانة حذرا عن لزوم الغرامة فتتعطل مصلحة
العامة وامينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة
الوكيل وقد مر في كتاب القاضي فان كانت التركة قد هلكت او لم
يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا كان على الميت دين آخر قال
وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة عبد فباعه
وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير لانه عامل له
ويرجع الصغير على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه

قال

قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز
وهو ان يكون املأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول املأ لا يجوز
لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه قال ولا يجوز
بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس في مثله لانه لا نظر
في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره
انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب
يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر بخلاف الوصي لانه
يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر
وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة
فيه وهم ليسوا من اهله قال واذا كتب كتاب الشراء على
حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكتب الشاهد شهادته
في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حملا له على الكذب ثم قيل يكتب
اشترى من فلان بن فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لما
بينا وقيل لا بأس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال و
بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب
يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس ان
لا يملك الوصي غير العقار ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير
الا انا استحسناه لما انه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن

أيسر وهو تملك الحفظ أما العقار محصن بنفسه قال ولا
يتجر في المال لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي
الأب في الكبير الغائب وكذا وصي الأم ووصي العم وهذا الجواب في
تركة هؤلاء لأن وصيهم قائم مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب
الحفظ فكذا وصيهم والوصي أحق بمال الصغير من الجد وقال الشافعي
رحمه الله الجد أحق لأن الشرع أقامه مقام الأب حال عدمه حتى أحرز
الميراث فيتقدم على وصيه ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية
الأب إليه فكانت ولايته قائمة معنى فيتقدم عليه كالأب نفسه
وهذا لأن اختيار الوصي مع علمه بقيام الجد يدل على أن تصرفه
أنظر لبنيه من تصرف أبيه قال فإن لم يوص الأب فالجد
بمنزلة الأب لأنه أقرب الناس إليه وأشفقهم عليه حتى يملك
الإنكاح دون الوصي غير أنه يتقدم وصي الأب في التصرف لما
بيناه

فصل في الشهادة

وإذا شهد الوصيان أن
الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة لأنهما متهمان فيها
لإثباتهما معينا لأنفسهما قال إلا أن يدعيها المشهود له و
هذا استحسان وهو في القياس كالأول لما بينا من التهمة وجه الاستحسان
أن للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء وضم آخر إليهما برضاه
بدون شهادتهما فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه أما

الوصاية

الوصاية تثبت بنصب القاضي قال وكذلك الابنان معناه إذا
شهدا أن الميت أوصى إلى رجل وهو ينكر لأنهما يجران إلى أنفسهما
نفعا بنصب حافظ للتركة ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير
بشيء من مال الميت أو غيره فشهادتهما باطلة لأنهما يظهران ولاية
التصرف لأنفسهما في المشهود به قال وإن شهدا لوارث كبير
في مال الميت لم تجز وإن كان في غير مال الميت جاز وهذا عند
أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن شهدا لوارث
كبير يجوز في الوجهين لأنه لا تثبت لهما ولاية التصرف في التركة إذا
كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة وله أنه تثبت لهما ولاية الحفظ
وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف
شهادتهما في غير التركة لانقطاع ولاية وصي الأب عنه لأن الميت
أقامه مقام نفسه في تركته لا في غيرها قال وإذا شهد الرجلان
لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للأولين بمثل
ذلك جازت شهادتهما وإن كانت شهادة كل فريق للآخرين بوصية
ألف درهم لم تجز وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
رحمه الله لا تقبل وأبو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع أبي يوسف رحمه الله
وعن أبي يوسف مثل قول محمد رحمهما الله وجه القبول أن الدين يجب
في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع أجنبي
بقضاء دين أحدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الرد أن الدين

بالموت يتعلق بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى
احدهما حقه من التركة يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة
حق الشركة فتتحقق التهمة بخلاف حال حياة المديون لانه في الذمة
لبقائها لا في المال فلا تتحقق الشركة قال ولو شهدا انه اوصى لهذين
الرجلين بجارية وشهد المشهود لهما ان الميت اوصى للشاهدين بعبد
جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى
لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود لهما انه اوصى للشاهدين
بثلث ماله فالشهادة باطلة وكذلك اذا شهد الاولان ان الميت اوصى
لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه اوصى للاولين بثلث
ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة والله تعالى
اعلم

كتاب الخنثى فصل في بيانه

قال واذا
كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام
وان كان يبول من الفرج فهو انثى لان النبي عليه السلام سئل عنه كيف
يورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه مثله ولان البول
من اي عضو كان فهو دلالة على انه هو العضو الاصلي الصحيح
والآخر بمنزلة العيب وان بال منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة
اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر
بالكثرة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينسب الى اكثرهما لانه علامة قوة
ذلك العضو وكونه عضوا اصليا ولان للاكثر حكم الكل في اصول

الشرع فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس يدل على القوة لانه
قد يكون لاتساع في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما
على السواء فهو مشكل بالاتفاق لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى
وخرجت لحيته او وصل الى النساء فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجل
او كان له ثدي مستو لان هذه من علامات الذكران ولو ظهر
له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه او حاض او حبل او امكن الوصول
اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من علامات النساء وان لم يظهر
احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا اذا تعارضت هذه المعالم

فصل في احكامه

الاصل في الخنثى المشكل ان يؤخذ فيه
بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم وقع الشك
في ثبوته قال واذا وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء
لاحتمال انه امرأة فلا يتخلل الرجال كيلا يفسد صلاتهم ولا النساء
لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته فان قام في صف النساء فاحب الي
ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل فان قام في صف الرجال فصلاته
تامة ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه
صلاتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة قال واحب الينا ان يصلي بقناع
لانه يحتمل انه امرأة ويجلس في صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا
فقد ترك سنة وهو جائز في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكبت
مكروها لان الستر على النساء واجب ما امكن وان صلى بغير قناع

امرته ان يعيد لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة ويكره ان يختنه رجل لانه عساه انثى او تختنه امراة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا و ان لم يكن له مال ابتاع الامام من بيت المال لانه اعد لنوايب المسلمين فاذا ختنته باعها ورد ثمنها الى بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته لبس الحلي والحرير وان يتكشف قدام الرجال او قدام النسا وان يخلو به غير محرم رجلا او امراة وان يسافر بغير محرم من الرجال توقيا عن احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل ولا شي عليه لانه لم يبلغ ومن حلف بطلاق او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين امره لان الحنث لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا و ان قال القولين جميعا عتق للتيقن باحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل او قال انا امراة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي

ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنسا فيتوقى احتماله الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال انه ذكر او انثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا وان كان ذكرا فالتسجية لا تضره واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامراة وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فيوخر عن الرجل لاحتمال انه امراة ويقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل احتمال انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير نعش المراة فهو احب الي لاحتمال انه عورة ويكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زاد على الثلث ولا باس بذلك ولو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي حنيفة رحمه الله اثلاثا للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث الا ان يتبين غير ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفوا في قياس قول الشعبي قال محمد رحمه الله المال بينهما من اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف رحمه الله

وتيمم

ولبعض علمائنا ... الخنثى مشكل ... للمراة ... ادرك ... على الرجل ...



لدينو

المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لان الابن يستحق كل
الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع يقسم
بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب بثلثه وذلك يضرب باربعة
فيكون سبعة ولمحمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما
نصفين وان كان انثى يكون المال بينهما اثلاثا فاحتجنا الى حساب
له نصف وثلث واقل ذلك ستة ففي حال المال بينهما نصفين لكل
واحد ثلاثة وفي حال اثلاثا للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان
للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزائد فيتنصف فيكون
له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار الحساب
من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ولابي حنيفة رحمه الله
ان الحاجة ههنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى
متيقن به وفيما زاد عليه شك فاوجبنا المتيقن به فصار كما
لان المال لا يجب بالشك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال
بسبب آخر فانه يؤخذ فيه بالمتيقن كذا هذا الا ان نصيبه الاقل
لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب الابن في تلك الصورة لكونه
متيقنا به وهو ان تكون الورثة زوجا واما واختا لاب وام
خنثى او امرأة واخوين لام واختا لاب وام خنثى فعندنا في الاولى
للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمرأة الربع
وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين فيهما

مسائل

مسائل شتى

قال رضي الله عنه واذا قرئ على الاخرس
كتاب وصيته فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه
اي نعم او كتب فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز
ذلك في الذي يعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في
الوجهين لان المجوز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين
الاصلي والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الذكاة والفرق
لاصحابنا رحمهم الله ان الاشارة انما تعتبر اذا صارت معهودة معلومة
وذلك في الاخرس دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك فصارت
له اشارة معلومة قالوا هو بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء من قبله
حيث اخر الوصية الى هذا الوقت اما الاخرس فلا تفريط منه
ولان العارضي على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقايسان
وفي الآبدة عرفناه بالنص واذا كان الاخرس يكتب كتابا
او يومي ايماء يعرف به فانه يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه
ويقتص منه وله ولا يحد له اما الكتابة فلانها ممن نأى بمنزلة
الخطاب ممن دنا الا يرى ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ
مرة بالعبارة وتارة بالكتابة الى الغيب والمجوز في حق الغائب
العجز وهو بمنزلة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين

غير مرسوم كالكتابة على الجدار واوراق الاشجار وينوى فيه لانه بمنزلة
صريح الكتابة فلابد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهوى والماء
وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في الاخرس في حق هذه الاحكام
للحاجة الى ذلك لانها من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون
لفظ وقد تثبت بدون اللفظ والقصاص حق العبد ايضا
ولا حاجة الى الحدود لانها حق الله وانها تندرى بالشبهات
ولعله كان مصدقا للقاذف فلا يحد للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة
في القذف لانعدام القذف صريحا وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود
والقصاص ان الحد لا يثبت ببيان فيه شبهة الا يرى انه لو
شهدوا بالوطى الحرام او اقر بالوطى الحرام لا يجب الحد ولو شهدوا
بالقتل المطلق او اقر بمطلق القتل يجب القصاص وان لم يوجد
التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية لانه شروع جابرا
فجاز ان يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التي هي حق العبد اما
الحدود الخالصة لله تعالى شرعت زواجر وليس فيها معنى
العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب
الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب

عليه

عليه ويحتمل ان يكون الجواب ههنا كذلك فيكون فيهما روايتان
ويحتمل ان يكون مفارقا لذلك لانه يمكن الوصول الى نطق
الغائب في الجملة لقيام اهلية النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر
الوصول الى النطق للآفة المانعة ودلت المسئلة على ان الاشارة
معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ما توهم بعض اصحابنا
رح انه لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة لانه حجة ضرورية
ولا ضرورة لانه جمع ههنا بينهما فقال اشار او كتب وانما استويا
لان كل واحد منهما حجة ضرورية وفي الكتابة زيادة بيان
لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة زيادة امر لم يوجد في الكتابة
لانه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي
صمت يوما او يومين لعارض لما جئنا في المعتقل لسانه ان آلة النطق
قائمة وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال واذا كان الغنم مذبوحة
وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت
الميتة اكثر او كانا نصفين لم يوكل وهذا اذا كانت الحالة حالة
اختيار اما في الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان
الميتة المتيقنة تحل له في حالة الضرورة فالتي تحتمل ان تكون

ذكية او لا غير انه يتحرى لانه طريق يوصل الى الذكية في الجملة فقد
يذكر من غير ضرورة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة
الاختيار وان كانت المذبوحة اكثر لان التحري دليل ضروري فلا
يصار اليه من غير ضرورة ولا ضرورة لان الحالة حالة الاختيار
ولنا ان الغلبة تنزل منزلة الضرورة في افادة الاباحة الا ترى
ان اسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك
يباح التناول اعتمادا على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز
عنه ولا يستطاع الامتناع عنه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل
النجاسة وقليل الانكشاف بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة
اغلب لانه لا ضرورة فيه والله اعلم بالصواب واليه المرجع والمآب